This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

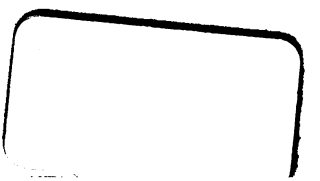
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

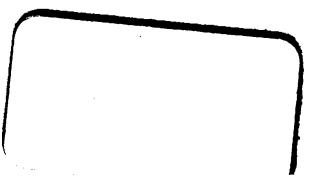
+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.





JUG
LCX
QXp

Die

partiarischen Rechtsgeschäfte

nach

römischem und heutigem Reichsrecht

nebst

Beiträgen zur Lehre der verschiedenen Arbeitsverträge

von

Dr. Carl Crome,
a. o. Professor der Rechte an der Universität Berlin.

Freiburg i. B.
Leipzig und Tübingen
Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)
1897.

Alle Rechte vorbehalten.

C. A. Wagner's Universitäts-Buchdruckerei, Freiburg i. Br.

Herrn Geheimen Justizrath

Professor Dr. Ernst Eck

dem hochverdienten Lehrer und Förderer des alten und neuen Rechts

in aufrichtiger Verehrung

gewidmet.

Vorrede.

Ich gebe hiermit eine Theorie der „partiarischen Rechtsgeschäfte", einer neuen Lohnform: bestimmt, mit beizutragen zu dem Ausgleich der großen wirthschaftlichen und sozialen Gegensätze unserer Zeit, vornehmlich auf dem Gebiet, auf welchem sie besonders hart, interessenfeindlich aufeinanderstoßen, auf dem der Konkurrenz von Kapital und Arbeit. Die Darstellung wendet sich daher, wenn auch zunächst an den Juristen, so doch mittelbar an Alle diejenigen, welche sich, sei es durch Beruf oder aus Neigung mit Sozialpolitik beschäftigen.

Das hier behandelte Verhältniß ist an sich nicht neu, aber bisher weder in seinem vollen Umfange erkannt, noch so wie hier bewußtermaßen in den Dienst der zeitgenössischen Bestrebungen zum Schutz der Arbeit aller Art gestellt worden. Wer es als eine Hauptaufgabe zur friedlichen Weiterentwickelung unserer Zustände erkennt, der einseitigen Anhäufung zu großer Vermögensmassen in den Händen Weniger mit geeigneten Mitteln entgegenzuwirken und insbesondere die Fülle der durch Arbeit erworbenen Glücksgüter in eine breitere Bahn zu lenken, auf welcher dieselben mehr als bisher auch denjenigen zufließen, durch deren Hände Werk sie erst geschaffen wurden, wird dazu auf dem Boden der bestehenden Staats-

und Gesellschaftsordnung kaum eine bessere Kontraktform finden, als das partiarische Rechtsgeschäft. Mit Rücksicht darauf glaube ich, daß dieses Lohnverhältniß auch im Rahmen der sog. Arbeiterschutzgesetzgebung, die sich bisher zu wenig auf die Lohnseite des Arbeitsvertrags erstreckt hat, dereinst noch eine wichtige Rolle spielen wird.

Vor allen Vorschlägen nach dieser Richtung galt es hier zunächst eine genaue Uebersicht des fraglichen Verhältnisses in seiner Gestaltung bei den vielfältigen heute vorkommenden Fällen freier Lohn- und Zinsarbeit zu gewinnen. Vor jeglicher Beschreitung eines neuen Weges ist die Richtung, in der er führt, im Einzelnen genau festzustellen. Ich habe daher vor Allem das System der partiarischen Betheiligung in seiner Totalität herausgehoben und bis in das Detail verfolgt, — und zwar wie heutzutage nicht anders zu erwarten, auf dem Boden unserer neuesten Civil- und Handelsgesetzgebung. Daß die gleichmäßige Durchführung des Prinzips auf die verschiedenen Arbeits- und Kreditverhältnisse nicht den Sinn hat, einer schematischen Einführung desselben in die Praxis das Wort zu reden, versteht sich von selbst. Hier werden Uebung und Erfahrung neben anderen, vorzugsweise politischen Momenten die geeignete Auswahl treffen und von selbst diejenigen Anwendungsfälle der Betheiligung bevorzugen und in Gebrauch nehmen, die das Bedürfniß augenscheinlich fordert. Der Nachweis des inneren Zusammenhanges der verschiedenen Erscheinungsformen, als Konsequenzen eines und desselben Grundgedankens, bleibt auch bei einem solchen vielleicht eklektischen Verfahren keine verlorene Mühe. Denn nur durch den erkannten Zusammenhang der ganzen Lehre gewinnen die einzelnen, heute noch gänzlich isolirt dastehenden Ausläufer die ihnen bisher noch mangelnde Sicherheit und Festigkeit des Aufbaus.

Daß bei einer derartigen Konstruktion wesentlich neuer Begriffe auf neuem, vielfach noch gänzlich unerprobtem gesetzlichem Boden Schwierigkeiten in Hülle und Fülle sich ergaben, ist wohl nicht nöthig zu versichern. Bewußt bin ich an keiner derselben vorübergegangen. So darf ich mich der Hoffnung hingeben, auch über den vorgesteckten ersten Zweck hinaus für das Verständniß der heutigen Arbeitsverträge Einiges beigetragen zu haben. Immerhin halte ich mich — bei einem Beginnen auf so glatter Bahn — der Nachsicht aller billig Denkenden versichert. Den Späteren werden ohnehin die heute über das neue Recht ergehenden Schriften, selbst insoweit sie keine direkte Widerlegung erfahren, vielleicht nicht mehr, denn als Versuch erscheinen. Aber wer würde auf diese Gefahr hin nicht der Pflicht gehorchen, den Problemen der Zukunft nachzuforschen und zu vertreten, was er — namentlich in Sachen des Volkswohls — für das Beste hält!

Berlin, im Juli 1897.

Carl Crome.

Inhaltsverzeichniß.

Seite

Einleitung.

§ 1. 1

Erstes Kapitel.

Das partiarische Rechtsgeschäft.

§. 2. Die Gesellschaft 8
§ 3. Das partiarische Rechtsgeschäft im eigentlichen Sinne . 23

Zweites Kapitel.

Die partiarischen Lokationen.

Erster Abschnitt.

Allgemeines.

§ 4. 32

Zweiter Abschnitt.

Sachenmiethe und Pacht.

§ 5. Eintheilung 35

A. Die Theilpacht.

I. Möglichkeit der Konstruktion.

§ 6. 37
§ 7. 44

II. Beurtheilung des einzelnen Vertrages.

§ 8. 54

III. Wirthschaftliche Bedeutung der Theilpacht.

§ 9. 58

IV. Einzelnes.

§ 10. 1. Quotal- und andere Leistungen 65
§ 11. 2. Form und Gegenstand der Theilpacht 73

Seite

3. Rechte und Pflichten der Parteien.

§ 12. a) Allgemeines. — Uebergabe und Erhaltung des Gegenstandes in geeignetem Zustande 76

§ 13. b) Mängel im Rechte des Verpächters und sonstige Störungen 81

§ 14. c) Verpflichtungen des Pächters. — Sublocatio. Gebrauchscession 86

§ 15. d) Pachtzinsleistung und Kontrole 93

§ 16. e) Mißwachs und sonstige Unglücksfälle 102

§ 17. f) Endigung des Pachtverhältnisses 103

§ 18. g) Rückgabe des Gegenstandes 112

B. Partiarische Miethverträge.

I. Begriff und Möglichkeit.

§ 19. 124

II. Das Einzelne dieser Verträge.

§ 20. 133

Dritter Abschnitt.

Die Quotallohnverträge.

A. Gemeinsames für diese verschiedenen Verträge.

I. Quotaldienst- und Quotalwerkverträge. — Konstruktion.

§ 21. 141

II. Auslegung.

§ 22. 154

B. Der Quotaldienstvertrag.

I. Vorkommen desselben.

§ 23. 1. Allgemeines. — Landwirthschaftliche Fälle 156

§ 24. 2. Industrielle Fälle. — Tantième und Provision . . 163

§ 25. Fortsetzung 166

II. Rechte und Pflichten der Parteien.

§ 26. 1. Besonderheiten des partiarischen Abschlusses. Persönliche Dienstleistung des Angestellten 178

§ 27. 2. Betriebsleitung. Verhalten des Herrn zum Angestellten 180

§ 28. 3. Annahmeverzug. — Verluste im partiarischen Betriebe 196

§ 29. Fortsetzung 202

4. Die Quotallohnschuld.

§ 30. a) Brutto- und Reinantheil 210

Seite

§ 31. b) Fälligkeit der Lohnforderung 215
§ 32. c) Kontrole 220
§ 33. d) Abschreibungen 233
5. Beendigung des Vertrags.
§ 34. a) Gründe 240
§ 35. b) Folgen 245

C. Der Quotalwerkvertrag.

I. Allgemeine Charakteristik.

§ 36. 252

II. Die verschiedenen Vertragstypen.

§ 37. 254

III. Partiarische Gestaltung.

§ 38. 261

IV. Verträge mit Lieferung des Stoffs.

§ 39. 273

V. Rechte und Pflichten der Parteien.

§ 40. 1. Allgemeine Verpflichtungen des Unternehmers . . . 280
§ 41. Fortsetzung 288
§ 42. 2. Persönliche Ausführung des Werks 292
§ 43. Fortsetzung 296
§ 44. Verhältniß des Substituten zum Besteller 298
§ 45. 3. Annahme des Werks. Gefahrtragung. Verschulden beider Theile 311
§ 46. 4. Anwendung auf Quotalverträge. Surrogatlohn . . 328
5. Partiarischer Werklohn.
§ 47. a) Berechnung der Quote. Fälligkeit 332
§ 48. b) Kontrole 336
§ 49. c) Aufwendungen und sonstige Unkosten 342
6. Hülfshandlungen des Bestellers.
§ 50. a) Entschädigungsprinzip 346
§ 51. b) Rücktrittsrecht des Unternehmers 356
§ 52. 7. Sistirung des Werks durch den Besteller und sonstige Auflösung 360

Drittes Kapitel.

Partiarisches Darlehen und ähnliche Kreditgeschäfte.

I. Begriff und Bedeutung.

§ 53. a) Darlehen und Zins 365
§ 54. b) Dividende 374
§ 55. c) Andere Kreditfälle 380

Seite

II. Rechtsstellung der Parteien.

§ 56. a) Geschäftsleitung. Verluste in dem subventionirten Betriebe 383
§ 57. b) Aufgabe — Uebertragung des Geschäfts auf andere Personen 388
§ 58. c) Bestimmung, Fälligkeit der Dividende und Kontrole 392

Viertes Kapitel.

Vermittelnde Geschäftsbesorgungen, Verwahrungs- und Verlagsgeschäfte gegen Gewinnbetheiligung.

A. Agenturverhältniß.

§ 59. 396

B. Mäklervertrag.

§ 60. 411

C. Kommission und Spedition.

§ 61. 438

D. Verwahrungsgeschäfte.

§ 62. 455

E. Verlagsvertrag.

§ 63. 467

F. Gemeinschaftliches über das partiarische Verhältniß in diesen Fällen.

I. Persönliche Ausführung der übernommenen Verrichtung.

§ 64. 472

II. Gewinnbetheiligung des Lohnberechtigten.

§ 65. 1. Natur des Lohns in den verschiedenen Fällen . . . 480
2. Gewinnprovision und Autorantheil.
§ 66. a) Fälligkeit 485
§ 67. b) Grundsätze der Gewinnbetheiligung 487
§ 68. c) Kontrole 491
§ 69. d) Verlustergebniß 494
§ 70. e) Nichtzustandekommen des vermittelten Geschäfts . 497
§ 71. f) Nichtausführung des Geschäfts 501
§ 72. 3. Doppelter Lohnanspruch bei Vermittelung 503

Fünftes Kapitel.

Antheilsausschreibung.

I. Begriff.

§ 73. 510

II. Einzelnes.

§ 74. 518

Seite

Sechstes Kapitel.

Partiarischer Modus und Vertrag zu Gunsten Dritter.

I. Verhältniß von Auflage und Zuwendung.

§ 75. 529

II. Partiarische Arbeitsauflagen.

§ 76. 539

III. Verträge zu Gunsten Dritter.

§ 77. 545

Die Lehr- und Handbücher des römischen und heutigen Rechts sind nach den neuesten Auflagen, die veröffentlichten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Handelsgesetzbuch, soweit nichts Anderes angegeben, nach den Guttentag'schen Ausgaben citirt.

Einleitung.

§ 1.

Eine Behandlung der partiarischen Rechtsgeschäfte ist zwar schon gelegentlich gefordert worden[1]), hat aber bis heute weder stattgefunden, noch ist die Anregung auf fruchtbaren Boden gefallen[2]); vor Allem wohl deshalb, weil Niemand, und selbst nicht die Urheber jenes Vorschlags, von der Tragweite desselben rechte Ahnung hatten[3]). Die Ausdehnung des Begriffes, über welche das vorstehende Inhaltsverzeichniß einen vorläufigen Ueberblick gewährt, läßt die Bedeutung des Problems erkennen. Das partiarische Rechtsgeschäft ist eine besondere Gestaltung der Arbeitsverhältnisse, zunächst in Ansehung des Lohnes und mittelbar dadurch auch hinsichtlich gewisser anderer Rechte und Pflichten der Parteien — in summa eine besondere Lohnform, und es kann daher im heutigen Rechtssysteme überall

1) Vgl. Waaser, Die colonia partiaria (1885). Von der Juristenfakultät der Universität Berlin gekrönte Preisschrift. S. 41 ff., 77.

2) So bemerkt Zobkow, Die Theilpacht nach römischem und österreichischem Recht (1895) S. 4 Anm. 10, dieses Beginnen würde eine seines Erachtens „vergebliche Mühe" sein!

3) S. noch Bekker i. d. Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 3 (1864) S. 421 und Ferrini im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 81 S. 13, welche von der Möglichkeit partiarischer Lokationen ohne Beschränkung auf die Theilpacht reden. Das ist aber auch das ganze Ergebniß der bisherigen Forschungen über unsere Materie!

da Wurzel fassen, wo aus oder für gewisse Arbeitsleistungen Lohn zu entrichten ist. Daraus ergibt sich auch unmittelbar die große soziale Bedeutung dieser Geschäfte, da der Lohnvertrag, auf welchen doch die überwiegende Mehrheit der Nation ihre Existenz gründet, und an dessen zweckmäßiger und gerechter Ausgestaltung namentlich die ungeheure Masse der besitzlosen Volksklassen das dringendste Interesse hat[4]), in seinen verschiedenen Erscheinungsformen einen großen Theil des Obligationenrechts erfüllt. Ja es kann, wie wir noch sehen werden, ein partiarisches Verhältniß selbst da vorkommen, wo nicht Lohn für eine Arbeit, sondern von einer solchen zu entrichten ist.

Das partiarische Rechtsgeschäft hat, wie schon aus dem Vorigen erhellt, nicht nur eine juristische, sondern auch eine spezifisch volkswirthschaftliche Seite. Es bezweckt eine gerechtere Vertheilung des Arbeitsgewinnes zwischen dem Kapitalisten und dem Arbeiter, und darin liegt die Zukunft des Instituts, das dem System der heutigen Rechtsordnung sich zwanglos einfügt, unzweifelhaft beschlossen. Nur die (neuerdings vielfach beklagte) geringe wirthschaftliche Veranlagung der bisherigen Jurisprudenz, die über dem sklavischen Anschluß an die traditionellen Erscheinungen einer überlebten römisch-individualistischen und einheimisch-feudalistischen Periode vielfach die Bedürfnisse der Gegenwart vergaß, hat unter Anderem auch die eminente Befähigung des partiarischen Rechtsgeschäfts zur Ueberbrückung der vorhandenen Klassengegensätze und zur Ausgleichung der Interessen von Kapital und Arbeit übersehen können. Diese mangelnde Erkenntniß geht mit einer Vernachlässigung der Ausbildung des Vertrags über die freie Arbeit Hand in Hand. Was in dieser Beziehung durch Unter-

4) Vgl. Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen (1890) S. 104.

lassung gesündigt worden ist, davon gibt W. Endemann's Schrift über „die Behandlung der Arbeit im Privatrecht“ [5]) auf Grund des Quellenmaterials und der vorhandenen Litteraturzeugnisse bis in die neueste Zeit hinein einen interessanten Aufschluß, und kann es uns demgegenüber nicht Wunder nehmen, wenn Menger vom sozialistischen Standpunkt aus die volle Schale seines Zornes über die in diesem Sinne stattgefundene und in der That unzureichende Regelung der Arbeitsverträge im I. Entwurfe unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs ausgoß. Seitdem ist ja in dieser Richtung Vieles besser geworden. Die Kommission zur Ausarbeitung der II. Lesung des Gesetzentwurfes und der Reichstag haben das Ihrige gethan, um allen berechtigten Ansprüchen der wirthschaftlich Schwächeren auf diesem Gebiet entgegenzukommen; — der vielbesprochene Tropfen sozialen Oels ist auch der gesetzlichen Ordnung der verschiedenen Dienst- oder Arbeitsverträge im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht vorenthalten worden. Ja Menger kann sich rühmen, mit manchen seiner Vorschläge einen unbedingten Erfolg erzielt zu haben. Aber an einem der wirksamsten Mittel zur Ausgleichung des sozialen Gegensatzes auf dem Gebiet der freien Arbeit geht auch er, ebenso wie die neuesten von wirthschaftlichem Geist getragenen Schriften Endemann's und Petražycki's [6]), achtlos vorüber: der zweckmäßigsten Lösung der Lohnfrage. Diese Lösung ist weder mit dem allgemeinen Grundsatz: „keine Arbeit ohne Lohn“ [7]), noch mit dem Gegenstück zu diesem Satze, daß „jedem Kapitalseigner das Einkommen von seinem Kapital gebühre“ [8]), noch mit Unter-

5) Sonderabdruck aus den Jahrbüchern für Nationalökonomie und Statistik Bd. 67 (1896).

6) v. Petražycki, Die Lehre vom Einkommen Bd. I u. II (1893, 1895).

7) Endemann a. a. O. S. 91 ff.

8) Petražycki a. a. O. II § 3.

suchungen über die Frucht- und Einkommenslehre als solche gegeben oder auch nur angebahnt. Es bedarf dazu vielmehr eines besonderen Prinzips über das Maß der Berechtigung dessen, der ein Gut mit fremdem Kapitale schafft, an diesem Gute, und die Anwendung dieses Prinzips auf die verschiedenen Arbeitskontrakte. Nur so kann überhaupt die Regelung des Rechts der freien Arbeit in heutiger Zeit gefördert werden.

Freilich ist dabei ganz besonders die Kompetenzfrage für den Juristen aufzuwerfen. Derselbe hat, wenn seine Untersuchungen auf diesem Felde irgendwie ersprießlich sein sollen, eine gewisse Grenzlinie einzuhalten. Er hat nicht die Größe des Maßes zu bestimmen, das er für die Betheiligung des Arbeiters am Wirthschaftsprodukt (an dem durch das Zusammenwirken von Kapital und Arbeit erzielten ökonomischen Gewinne) aufstellt, sondern nur den Maßstab, besser die Betheiligungsform zu konstruiren, in welcher die Antheilgewährung sich am zweckmäßigsten vollzieht. Diese Betheiligungsform ist für uns das partiarische Rechtsgeschäft — eine Lohnform, welche wir dann, unserm oben angedeuteten Programm gemäß, auf die verschiedenen anerkannten Arbeitsverhältnisse des heutigen Rechts, die überhaupt gegen Lohn eingegangen werden, anwenden. Auf diesem Weg läßt sich allein zu praktisch brauchbaren Ergebnissen gelangen. Dieselben bleiben auch nicht unvollständig; sowenig wie die allgemeine Theorie von Kauf und Miethe ꝛc. dadurch unvollständig wird, daß über die Höhe des Kauf- und Miethpreises nichts mehr gesagt zu werden pflegt. Das pretium iustum hat nicht mehr juristische Bedeutung. Seine Bestimmung hängt von Angebot und Nachfrage, also wirthschaftlichen Momenten ab; und wenn beim Arbeitslohn dann nähere Regeln darüber gegeben werden sollen, so werden diese besser von Anderen formulirt, als vom Juristen. Dagegen kann sich die Jurisprudenz bewußter-

maßen in den Dienst der Volkswirthschaftslehre stellen, indem sie letzterer ein Rechtsschema darbietet, in welches diese nur die richtigen Ziffern einzustellen braucht. Für uns ist es daher zunächst ganz gleichgültig, ob die befürwortete Betheiligung des Arbeiters am Arbeitsprodukt ein Zehntel, ein Drittel oder gar die Hälfte beträgt. Kein Stein in unserm Aufbau wird dadurch anders. Für dies wie für das wünschenswerthe Maß der Einführung der hier entwickelten Ideen in die Praxis mögen andere Instanzen sorgen. Wir können daher auch den von Petrażycki mit den Nationalökonomen geführten Streit über die Berechtigung eines selbständigen Unternehmergewinns im Sinne eines besonderen Einkommenszweiges neben Kapital- und Arbeitseinkommen[9]) vollkommen auf sich beruhen lassen. Die Lehre des partiarischen Rechtsgeschäfts betrifft er nicht, sondern nur die Frage nach der wünschenswerthen Höhe der Betheiligung, die wir hier offen lassen. Hier ist allein, und zwar zum erstenmal nach allen Seiten, die neue Rechtsfigur des partiarischen Geschäftes zu entwickeln, welches die rechtlichen Bedingungen enthält, nach welchen auf dem Boden der bestehenden Staats- und Gesellschaftsordnung dem Arbeiter ein Theil am ökonomischen Erfolg der Arbeit zugesichert werden kann. Wir haben nur die Bahn zu zeigen, auf welcher eine neue Lösung der Lohnfrage möglich ist, — eine Bahn, die sich auch deshalb besonders empfiehlt, weil sich auf ihr die Regulirung des volkswirthschaftlich wünschenswerthen allgemeinen Lohnsatzes gewissermaßen selbstthätig vollzieht, m. a. W. weil in dem von uns aufgestellten System ein sog. „beweglicher Faktor" existirt, der neben anderen Vortheilen auch den hat, den Lohn fortlaufend genau dem wechselnden Erträgniß anzupassen, während die anderen

9) Petrażycki, Einkommen II S. 390 ff., 410 ff., 418 ff., 425.

Systeme zwar bis zu gewissem Grade die Gefahr, weit häufiger aber allen Vortheil aus der Unternehmung dem Arbeitgeber zuweisen. — Daß in dem wirthschaftlich entgegengesetzten Falle, wo dem arbeitenden Unternehmer ein Geldgeber gegenübersteht, der durch sein Kapital erst den Betrieb ermöglicht, ein Gleiches gelten muß, — so daß hier also der Gläubiger statt des gewöhnlichen invariabelen Zinses ebenfalls einen verhältnißmäßigen Antheil vom Ertrag der Arbeit verlangen kann, versteht sich nach dem Grundsatz: „gleiches Recht für Alle" unseres Erachtens von selbst.

Wenn die neue Weltaera, welcher wir seit den im vorigen Jahrzehnte eingeleiteten sozialen Reformen entgegengehen, sich nach menschlicher Voraussicht ohne Geräusch und Glanz, aber auch ohne das Elend und den Schrecken der vor hundert Jahren die gegenwärtige Periode einleitenden französischen Revolution verwirklichen wird, so haben wir das diesen tiefgreifenden Reformen sichtlich zu verdanken. In den Reden der Sozialdemokratie ist schon seit einiger Zeit die Drohung mit der Revolution verstummt; und das ist mehr als eine bloße Taktik. Gegenüber dem fortschreitenden, organischen System der Menschenhülfe, wie sie in der sog. Arbeiterschutzgesetzgebung der letzten Jahre zum Ausdruck kommt, die sich aus kleinen Anfängen zu außerordentlichem Umfang entwickelt hat und welche uns noch kein Volk in diesem Umfang hat nachmachen können — gegenüber dieser wesentlich von der gebildeten Klasse ausgegangenen Reform sind revolutionäre Drohungen unhaltbar. Um so nachdrücklicher aber muß ein Fortschreiten auf der betretenen Bahn verlangt werden, und in dieser Hinsicht gibt es gerade für die Jurisprudenz sehr viel zu thun. Es ist nicht abzuleugnen, daß letztere zur Sozialreform bisher am wenigsten mit beigetragen hat. Schuld trägt daran vor Allem die einseitig historische Richtung, die

gerade hier in unserem Jahrhundert vorwiegend herrschend war und unwillkürlich den Blick von näher liegenden Aufgaben abzog. Mit Nichts thut man unserm Juristenstande größeres Unrecht, als wenn man ihn zum prinzipiellen Vertreter kapitalistischer Interessen stempelt. Aber begangene Fehler sind gut zu machen. Vornehmlich im Obligationenrecht, wo die verschiedenen Volksschichten nicht, wie im größten Theil des Sachen-, Familien- und Erbrechts, gewissermaßen unter sich sind, sondern in ihren Interessen und Bedürfnissen hart aufeinanderstoßen, hat die Jurisprudenz mehr als bisher in sozialer, die Rechte und Interessen beider Theile versöhnender Richtung zu wirken, das Verhältniß der verschiedenen Volksklassen auf höherer, sittlich dem jetzigen Zustand überlegener Grundlage zu ordnen. Vor Allem gilt es, die Keime zu entwickeln, die unser neuestes Recht nach dieser Richtung (theils bewußt theils unbewußt) so zahlreich in sich trägt. Sodann sind neue Gesichtspunkte aufzufinden, auf denen ein Weiterbauen möglich wird. Die vorliegende Arbeit stellt einen solchen in diesem Sinn zur Diskussion.

Erstes Kapitel.

Das partiarische Rechtsgeschäft.

Die Gesellschaft.

§ 2.

Der oberflächlichen Betrachtung erscheint als partiarisches Geschäft in erster Linie die Gesellschaft. Nach der Begriffsbestimmung dieses Vertrages (§ 705 BGB) verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten. Die Beiträge bestehen nicht blos in Geldleistungen, im Einbringen von Sachen oder anderen Gegenständen in das Gesellschaftsvermögen, sondern auch in der Leistung von Diensten. Es kann also Einer arbeiten, der Andere das Kapital beisteuern. Uebrigens braucht die von einem Sozius nach Inhalt des Vertrages vorzunehmende Thätigkeit einen Geldwerth nicht zu haben (§ 241); der arbeitende socius ist dennoch an dem Gewinne der Gesellschaft betheiligt (§ 722). Hiermit ist eine über tausendjährige Entwickelung zum Abschlusse gebracht. Gaius (Inst. III § 149) erwähnt noch die magna quaestio der Aelteren, in deren Streit schließlich die Meinung überwog, daß Jemand auch dann socius sein und am Gewinn theilnehmen könne, wenn er keine Vermögenseinlage gemacht, sondern nur Dienste beigetragen habe, wenn letztere nur an sich so werthvoll seien, daß sie

Geld oder Geldeswerth ersetzten: si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit, eum cum hac pactione in societatem admitti. Nam et ita posse coïri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit: saepe enim opera alicuius pro pecunia valet. Aehnlich § 2 I. de societate (3, 25) und l. 52 § 2 Dig. pro socio (17, 2), während schon in der Verfügung Diokletian's und Maximian's l. 1 Cod. pro socio (4, 37) eine freiere Auffassung durchblickt: societatem uno pecuniam conferente, alio operam, posse contrahi, magis obtinuit. Aber so generell auch hier von Diensten, als möglicher Einlage des einen socius in die Gesellschaft die Rede ist, so versteht sich doch von selbst, daß sich die Dienste in dem Rahmen halten mußten, innerhalb dessen römisch eine civilis obligatio überhaupt möglich war; und diesen Rahmen werden wir wenigstens solange, als das Erforderniß der Geldkondemnation bestand, wohl sicherlich nicht weiter ziehen dürfen, als innerhalb des Begriffs einer vermögenswerthen Leistung. Es würde somit nach der Kodexstelle höchstens das Erforderniß der opera pretiosa als fallen gelassen anzusehen sein, wenn wir nicht aus anderen Gründen niedere Dienstleistungen als zur Einlage in eine societas überhaupt ungeeignet erklären müßten. Denn wir wissen, daß die Sozietät bereits im römischen Recht eine gewisse soziale Gleichberechtigung der Parteien voraussetzte. Ohne diese ist regelmäßig der animus contrahendae societatis undenkbar. Denn wenn auch beispielsweise der Fabrikherr und der einzelne Arbeiter des Etablissements zur Erreichung eines bestimmten Resultats oder Erfolgs zusammenwirken, so thun sie das doch nicht als Genossen. Vgl. auch l. 44 Dig. pro socio (17, 2): Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit tu haberes, mihi videtur, si animo contrahendae societatis

id actum sit pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis. In allen Fällen, wo nichts weiter verabredet wurde, als im Eingang dieser Stelle angegeben ist [1]), sind wir hinsichtlich der Absicht der Parteien auf Schlüsse und Vermuthungen angewiesen; und es versteht sich von selbst, daß nur solche Personen, die sich als wechselseitig gleichberechtigt (wirthschaftlich und sozial gleichstehend) ansehen, die Absicht haben werden, als Genossen zusammenzuwirken [2]). Fehlt diese Absicht, so liegen andere Verträge vor. Besonders prägnant wird die Voraussetzung der wirthschaftlichen und gesellschaftlichen Gleichstellung der Kontrahenten beim Gesellschaftsvertrage durch Sabinus so ausgedrückt, daß die societas ius quodammodo fraternitatis in se habet (l. 63 pr. Dig. pro soc.). Unter den Sozien muß ein Geist der Gleichheit und Brüderlichkeit vorherrschen, welcher sich wohl mit einer gewissen Vermögensungleichheit [3]) und demzufolge auch mit der Assoziation von Kapital und Arbeit überhaupt, aber nicht mit der Kombination von niederen Dienstleistungen und Kapitaleinlagen oder gar mit einer höher gearteten Thätigkeit verträgt [4]). Daher ist auch

---

1) Aehnlich wird in l. 52 § 3 eod. sowie in l. 13 pr. Dig. de praescr. verb. (19, 5) für das Vorhandensein einer Gesellschaft ganz ausschließlich das Gewicht auf den Parteiwillen gelegt.

2) Vgl. Pernice, Parerga I, i. d. Ztschr. der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte III, Romanist. Abth. S. 55 ff.

3) L. 5 § 1 Dig. pro soc. sagt geradezu: Societas . . . coïri potest et valet etiam inter eos qui non sunt aequis facultatibus, cum plerumque pauperior opera suppleat, quantum ei per comparationem patrimonii deest.

4) Historisch erklärt sich die geforderte „fraternitas" aus dem ursprünglich familienartigen Charakter des römischen Verhältnisses: der societas omnium bonorum, welche anfangs weitaus überwog, und sich ihrerseits an die Gemeinschaft der Miterben, insbesondere der Agnaten als deren vertragsmäßige Fortsetzung anschloß. Vgl. Dernburg Pand. II § 125 und die dort Genannten. Die fraternitas im eigentlichen Sinne wird sich freilich bei den rein merkantilen Gesellschaften des späteren Rechts nicht haben aufrecht erhalten

häufig in den Quellen davon die Rede, daß Jemand als socius eines Anderen zugelassen wird[5]); was offenbar bedeutet, daß er Qualitäten besitzen muß, ohne welche von einer derartigen Annäherung der einen Partei an die andere nicht die Rede sein kann: Qualitäten, die im allgemeinsten Sinne nur in der erwähnten gesellschaftlichen und wirthschaftlichen Gleichstellung der Betheiligten gefunden werden können.

Wir dürfen hiernach wenigstens im römischen Recht von dem Erforderniß der opera pretiosa für die Sozietät nicht abgehen. Sonstige Dienstleistungen waren entweder von der Art, daß sie um ihres niederen Charakters willen ein Gleichheitsverhältniß der Parteien gar nicht aufkommen ließen, oder sie pflegten, wenn sie höherer Art waren, überhaupt unentgeltlich zu geschehen, so daß sie aus diesem Grunde für sich allein als Gesellschaftseinlage nicht in Betracht kamen[6]). Erst der modernen Rechtsentwickelung war es vorbehalten, wie sie Forderungsrechte auf in Geld nicht schätzbare Leistungen überhaupt als gültig und erzwingbar[7])

lassen; das Erforderniß der sozialen Gleichstellung der Theilhaber im Uebrigen aber erscheint dadurch nicht aufgehoben.

5) So reden die oben zitirten Stellen aus Gaius und den Institutionen von admittere (aliquem) in societatem. Ebenso l. 22 Dig. pro socio u. l. 13 pr. Dig. de praescr. verb. (19, 5). Oder von eligere, adsumere socium u. dgl. Vgl. Gaius III § 152, § 5 I. de soc. (3, 25), l. 21, l. 63, l. 72 Dig. pro socio. S. auch Zobkow, Die Theilpacht nach römischem und österreichischem Recht (1895) S. 48 ff., welcher auf die Wendung bei Gaius III § 148: coïre solemus im Gegensatz zu der sonstigen Ausdrucksweise contrahitur, constituitur (locatio-conducti oemtio-venditio etc.) aufmerksam macht und daraus den Schluß zieht, daß das Sozietätsverhältniß, obwohl an sich juris gentium, doch vorzugsweise unter den röm. cives abgeschlossen worden sei.

6) S. auch Jhering, Der Zweck im Recht I S. 108.

7) Vgl. §§ 774, 775 CPO. — Obschon in den Motiven zur I. Lesung Bd. II S. 3 und in den Protokollen II. Lesung S. 558 bis 562 mit der größten Entschiedenheit der Grundsatz aufgestellt ist, daß die Leistung im Schuldverhältniß keinen Vermögenswerth

zuließ, so auch die Verpflichtung zur Vornahme solcher Handlungen und Leistungen als Gesellschaftseinlage anzuerkennen. Eine große Anzahl der hier in Frage stehenden Leistungen hat, weil sie in Geld nicht schätzbar sind, den Charakter von Leistungen höherer Art (von operae oder artes liberales), die Geldeswerth und Kapitaleinlage zum mindesten ebenbürtig sind, wenn nicht sie übertreffen, und welche daher auch die gesellschaftliche Gleichstellung desjenigen, der sie prästirt, mit dem kapitalistischen socius in keiner Weise aufheben oder beeinträchtigen. Hierdurch eröffnet sich für die Möglichkeit des Gesellschaftslebens eine neue Bahn, und thatsächlich stehen wir denn heute auch in einer Periode der verschiedensten wirthschaftlichen und nicht wirthschaftlichen Assoziationen. Das Bedürfniß nach denselben ist gewachsen mit dem Zunehmen der menschlichen Bedürfnisse in materieller wie in ideeller Richtung überhaupt. Zur Befriedigung dieser Bedürfnisse ist der Einzelne, auf sich allein angewiesen, kaum im Stande; eine vollkommene Befriedigung kann nur erreicht werden durch die Vereinigung mit Gleichgesinnten, die Alles, was sie an Geld, Kenntnissen, Intelligenz und Ausdauer besitzen, demselben Zwecke zur Verfügung stellen. So sind auf wirthschaftlichem Gebiet die großen Umwälzungen entstanden, die unserm Zeitalter den Stempel aufdrücken. Nicht minder aber hat man, wenigstens in dem Gebiete des gemeinen Rechts[8]), schon längst Gesellschaften zu idealen

zu haben brauche, was durch den Mangel einer entgegenstehenden Bestimmung zum Ausdruck zu bringen sei (wie denn auch alle das Gegentheil besagenden Anträge aus diesem Grunde abgelehnt wurden), so wird der alte Streit von Einigen doch wiederum in das Gesetz hineingetragen. Vgl. Hellwig, Die Grenzen der Vertragsmöglichkeit i. Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 86 S. 223. Dagegen besonders Kohler, Das Obligationsinteresse i. Arch. f. bürg. Recht Bd. 12 S. 1. Auch aus dem Folgenden dürfte erhellen, daß die vorerwähnte Ansicht in dem Gesetze selbst genügenden Ausdruck gefunden hat.

8) Anders nach dem Oesterreichischen BGB §§ 1175 ff. (cf.

Zwecken zugelassen, also überhaupt den Zielpunkt der gesammten vertragsmäßigen Gemeinschaft über die Sphäre des Vermögensrechts hinausgehoben. Hiernach ist der Gesellschaftsvertrag überhaupt nicht mehr die Abrede über gemeinsame Herbeiführung und Theilung eines Gewinnes, sondern kann auf die Erreichung aller möglichen anderen Zwecke gerichtet sein, z. B. solcher auf dem Gebiet der Religion, Kunst und Wissenschaft, der Wohlthätigkeit oder des gemeinen Nutzens; ja es gibt Gesellschaften, deren Zweck lediglich in Annehmlichkeitsvortheilen seiner Mitglieder besteht. Freilich hatte das Recht dieser sogenannten „Gesellschaften mit idealen Tendenzen", wie es sich durch die deutsche Gewohnheit entwickelt hatte, auf dem Boden der römischen Sozietätsvorschriften manche Fährlichkeiten zu bestehen, da ihre Organisation und Zweck die unterschiedslose Anwendung der gewöhnlichen Sozietätsgrundsätze nicht vertrug[9]). Diese Vereine bildeten ge-

---

eod. § 1197, wo unzweifelhaft eine Erwerbsgesellschaft ins Auge gefaßt ist) und dem Code civil Art. 1832 ff. Der Sinn des Preußischen Rechts ist streitig. Cf. ALR I Tit. 17 §§ 169 ff. bezw. II Tit. 6 und die bei Dernburg, Preuß. Privatr. II § 214 u. Eccius II § 143 vertretenen Ansichten. Einer freieren Auffassung huldigt die neuere schweizerische Gesetzgebung. Vgl. § 1237 des Züricher GBs u. Art. 524 des schweizerischen Bundesgesetzes über das Obligationenrecht, welche sich nicht blos auf die sog. Erwerbsgesellschaft beschränken. S. Schneider u. Fick zu Art. 524 Anm. 1 d. letz. Ges.

9) Z. B. der Verein tritt als solcher unter einem bestimmten Namen und vertreten durch die nach dem Statut hierzu bestimmten Personen im Verkehre überhaupt und insbesondere in Prozessen als Kläger und Beklagter auf, hat einen besonderen Sitz und demnach auch Gerichtsstand. Die Organisation des Vereins ist korporationsähnlich. Die Beschlüsse erfolgen meist nach dem Majoritätsprinzip, nicht selten ist ein Vorstand bestellt, dem die Geschäftsführung in gewissen Grenzen überlassen ist, und der dann insbesondere auch den Verein nach Außen hin in der oben bezeichneten Weise gerichtlich und außergerichtlich vertritt. Vor Allem aber gibt es hier ein besonderes Gesellschaftsvermögen in Abtrennung von dem

wissermaßen eine Uebergangsstufe von der Gesellschaft zu den Korporationen (als selbständigen Rechtssubjekten), waren also Gesellschaften mit einem zum Theil dem römischen Recht gegenüber modifizirten Inhalt[10]). Der Streit wird wohl unausgetragen bleiben, ob diese Modifikationen schon im bisherigen Recht zu einer Ueberwindung des in der Sozietät enthaltenen römischen Rechtsgedankens geführt haben, und wir erkennen dankbar den großen Fortschritt an, welchen die über das römische Recht hinausgehende, von Beseler und Gierke ausgebildete Genossenschaftstheorie für die Entwickelung unseres Vereinsrechts bedeutet. Aber soweit diese moderne Ausgestaltung die Grenzen des römischen Gesellschaftsbegriffes überschritt, kann ich in ihr mit Sohm nur einen Durchgangspunkt erblicken: einen Nothbehelf, welchem die strenge Konsequenz und logische Einheitlichkeit des römischen Rechtes fehlte, weshalb er denn auch von jeher der

---

sonstigen Vermögen der einzelnen Gesellschafter auf Grund der deutschrechtlichen Anschauung eines Verhältnisses zur gesammten Hand, welches jedenfalls der Verfügung der einzelnen Gesellschafter entzogen ist und nur den Gesellschaftszwecken dient. Der Austretende hat kein Recht auf eine Quote dieses Vermögens und kann Theilung nicht verlangen. Neu Eintretende haben mit derselben Maßgabe daran Theil und haften auch für die bisherigen Gesellschaftsschulden. Doch ist das Maß der Haftung der Mitglieder für die Gesellschaftsschulden in der verschiedensten Weise möglich und bestimmt (unbeschränkt oder beschränkt auf gewisse Beiträge gegenüber der Gesellschaft oder auch nach Außen hin; bald ist die Haftung solidarisch bald nur eine solche pro rata u. dgl.). Vgl. die Entscheidungen in Seuffert's Archiv Bd. 6 n. 2, Bd. 20 n. 200, 201, Bd. 21 n. 96, Bd. 22 n. 255, Bd. 23 n. 206, Bd. 26 n. 219, 257, Bd. 27 n. 5, Bd. 32 n. 1, 103, 104, Entsch. d. ROHG Bd. 4 n. 42, 44 u. d. RG Bd. 4 n. 45, Bd. 7 n. 53, Bd. 8 n. 31.

10) Vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht I § 61; Dernburg, Pand. I § 61 Ziff. 2b; Laband in Goldschmidt's Ztschr. Bd. 30 S. 479 ff., 482 ff.; die Juristenfakultät zu Halle bei Seuffert Bd. 6 n. 2; OAG Darmstadt eod. Bd. 23 n. 206; OAG Rostock Bd. 27 n. 5; E. d. RG Bd. 7 n. 53, Bd. 8 n. 31.

praktischen Rechtsanwendung große Schwierigkeiten bereitet hat. Kein Wunder also, daß sich die Genossenschaftstheorie namentlich in der Praxis keiner allzugroßen Beliebtheit erfreute, und daß hier die Frage regelmäßig nur dahin gestellt wurde: liegt Gesellschaft oder eine juristische Person vor? Das sind die einfachen, klaren Rechtsformen, welche uns die überlegenere Technik des römischen Rechtes überliefert hat, und zu ihnen ist denn auch das Bürgerliche Gesetzbuch unter Ueberwindung jener Mittelstufe wiederum zurückgekehrt. Den Vertretern der Genossenschaftstheorie anderseits gebührt der Ruhm, nicht nur einer Rechtsentwickelung zum Durchbruche verholfen zu haben, die in dem Geist der Zeiten lag, insbesondere indem sie den betreffenden Vereinigungen mit idealen Tendenzen einen Rechtsanspruch auf Anerkennung ihrer vermögensrechtlichen Sonderexistenz verlieh, sondern auch dadurch, daß sie das allgemeine Gesellschaftsrecht einer angemesseneren (unserem deutschen Empfinden entsprechenden) Regelung entgegenführte. Das ist ihr unvergängliches Verdienst, wenn auch von der Genossenschaft als solcher keine Spur in das Gesetzbuch übergegangen ist. Bei den hiernach zur Wahl stehenden Rechtsfiguren der juristischen Person und Sozietät ist es für uns hier ohne Belang, zu untersuchen, nach welchen Regeln die besprochenen Vereine mit idealen Tendenzen im Bürgerlichen Gesetzbuch juristische Persönlichkeit erlangen können. Und zwar nicht deshalb, weil auch nach letzterem Gesetzbuch, so sehr dasselbe im Allgemeinen den Erwerb der Korporationsrechte erleichtert hat, noch immer genug Fälle übrig bleiben, in denen der Verein die Grenzen des Gesellschaftsrechts nicht überschreitet[11]), sondern weil uns in erster Linie hier das sog. „innere" Vereinsverhältniß interessirt, welches in der Mehrzahl der fraglichen Beziehungen auch bei der Körperschaft

11) Vgl. §§ 21, 54, 56, 61 ff., 73 ff. BGB.

kaum anders, als schon bisher bei den betreffenden Vereinen organisirt ist[12]).

Nicht einmal das wird sich behaupten lassen, daß heutzutage die Gesellschaft vertragsmäßige Vermögensgemeinschaft[13]) zu sein brauche. Obschon eine solche allerdings regelmäßig vorhanden sein wird und in den §§ 718 ff. BGB denn auch des Näheren von dem „Gesellschaftsvermögen" und seinen Schicksalen die Rede ist. Aber was sein kann, braucht darum nicht zu sein; und speziell aus § 718 ersehen wir, daß das Gesellschaftsvermögen sich nicht blos aus den Beiträgen der einzelnen socii, sondern auch aus den durch ihre weitere Thätigkeit (Geschäftsführung) für die Gesellschaft erworbenen Gegenständen zusammensetzt. Das ist die Thätigkeit, die § 705 generell vertragsmäßige Förderung des gemeinsamen Zweckes nennt, und durch welche somit Gesellschaftsvermögen erworben werden kann, welches zur Zeit des Eingehens der Gesellschaft nicht vorhanden war. Die versprochenen Dienste allein kommen in diesem Sinne (als Bestandtheile eines Gesellschaftsvermögens) nicht in Betracht, selbst wenn sie schätzbar wären. Darum kann bei Auflösung der Gesellschaft und Vertheilung des alsdann vorhandenen Vermögens für sie auch kein Ersatz verlangt werden (§ 733 Abs. 2). Es ist daher wohl möglich, daß eine Gesellschaft gänzlich ohne Vermögen beginnt. § 705 verlangt zur Begründung der societas nur einen gemeinsamen und durch das vertragsmäßige Verhalten der socii zu fördernden Zweck, nicht schon gemeinsames Vermögen. Aus dem Erforderniß der Leistung von Beiträgen ist auf das nothwendige Vorhandensein eines solchen keineswegs zu schließen[14]).

---

12) S. insbesondere §§ 25 ff., 32 ff., 38 ff., 41 ff., 45 ff. u. 58 BGB.

13) Vgl. Dernburg, Pand. II § 124.

14) § 706 Abs. 3 steht selbstverständlich nicht entgegen. Wenn

Derartige Gesellschaften, welche ohne jedwede Vermögenseinlage (also in diesem Sinn mit Nichts) beginnen, sind im heutigen Leben gar nicht besonders selten. Meist sollen sie durch ein geeignetes Zusammenwirken der Sozien zu einem Vermögensgewinne führen, der unter ihnen zu vertheilen ist. Z. B. es soll ein Werk geschaffen werden, sei es auf Grund einer Bestellung (wie etwa die Abfassung eines Reisewerks, eines Theaterstücks oder eines Kommentars zum Bürgerlichen Gesetzbuch) oder ohne solche, um das Werk nachträglich möglichst vortheilhaft zu verwerthen. Oder auf Grund eines Preisausschreibens, um den dafür ausgesetzten Preis zu erringen (§ 661 BGB), wo dann der unter den Mitwirkenden bestehende Gesellschaftsvertrag zugleich die Antheile ergibt, zu welchem diese auf den Preis Anspruch haben[15]). Ja selbst das muß als gültige Gesellschaft anerkannt werden, wenn das mit Nichts begonnene Unternehmen auch in der Folge nicht zu einem Vermögensgewinn führen soll, z. B. wenn das Werk, zu dessen Herstellung sich die Sozien verbunden haben, gar keinen Gewinn bringt und die Urheber bei seiner Ausarbeitung lediglich wissenschaftliche Zwecke oder etwa mit einem Bekehrungswerke das

---

dort davon die Rede ist, daß „der Beitrag eines Gesellschafters" auch in der Leistung von Diensten bestehen kann, so hat das nicht den Sinn, daß Andere nothwendig Vermögenswerthe einzuschießen haben. Vgl. auch die deutlichere Ausdrucksweise in § 630 Abs. 1 der I. Lesung, die offenbar nur wegen ihrer zu abstrakten Fassung geändert wurde, und zwar nach dem Wortlaut der Motive Bd. II S. 596: „der Entwurf . . . hebt bei der großen Bedeutung des Gegenstandes zunächst hervor, daß der Beitrag eines Gesellschafters auch nur in einer persönlichen Leistung bestehen kann."

15) Für die Vertheilung ist hier nicht § 660 Abs. 1 maßgebend, der nur beim Mangel eines Vertragsverhältnisses unter den Mitwirkenden zur Anwendung kommt. In Abs. 2 wird denn auch auf den Fall Rücksicht genommen, daß einer der Mitwirkenden die von dem Auslobenden beabsichtigte Preisvertheilung als für ihn nicht verbindlich anerkennt.

Interesse der sündigen Menschheit verfolgen. Alles das wird nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, welches vermögenswerthe Beiträge und ein Vereinsvermögen zum Bestand der Sozietät nicht fordert, und anderseits Gesellschaften mit rein idealen Tendenzen anerkennt, in Zukunft zulässig sein. Nur ist bei der Frage nach dem Vorhandensein derartiger Gesellschaften im Einzelfalle ganz besonders auf das Vorliegen eines wirklich gemeinschaftlichen Zweckes der Betheiligten zu sehen. Ein solcher fehlt beispielsweise, wenn jeder der Autoren aus dem nach Verabredung geschaffenen Werk gesonderte Vortheile (besonderes Honorar oder persönlich das Autorrecht an einem Theil des Werkes) erlangen will[16]). Und überdies ist stets die Grenze einzuhalten, innerhalb deren rechtliche Verpflichtungen überhaupt anzuerkennen sind. Dazu aber gehört nicht nur ein erlaubter und nicht gegen die guten Sitten verstoßender Gesellschaftszweck, sondern auch ein rechtlich erzwingbares Verhalten eines jeden socius; so daß z. B. nicht solche Gesellschaften anerkannt werden können, welche zu einem erlaubten oder an sich zu billigenden Zweck ungesetzliche oder unsittliche Leistungen der einzelnen Mitglieder verlangen[17]). Derartige Vertragsstipulationen wären nichtig und würden auch die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages nach sich ziehen, dessen wesentliche Bestandtheile sie bilden. Sodann muß die als Beitrag bedungene nicht vermögenswerthe Leistung von der Art sein, daß sie unzweifelhaft einen rechtlichen Verpflichtungswillen des betreffenden socius in sich schließt, was z. B. bei

16) Auch liegt im Wesen der Gesellschaft, daß jeder socius an dem Gemeinschaftszwecke thätigen Antheil nehmen (ihn auf die im Vertrag bestimmte Weise fördern) muß, was nicht der Fall ist, wenn lediglich die Einen arbeiten, Andere nur dem Unternehmen passiv assistiren.

17) Z. B. karbonarische Sozietäten aller Art, Gesellschaften zur Aufklärung oder zur Bekehrung mit Feuer und Schwert oder andere Mittel der sog. Propaganda der That.

einem sog. Spazierklub nicht zutrifft[18]). Sicher ist anderseits auch, daß es sich nicht um unmögliche Beitragsleistungen handeln darf. Dabei ist freilich oft dem Einen unmöglich, was dem Anderen möglich ist. So wird es manchmal vorkommen, daß beispielsweise von der Vereinigung zu einer Nordpolexpedition oder zur Lebensrettung resp. Abholung des Leichnams eines im Gebirge Verunglückten einzelne Theilnehmer nachträglich zurücktreten; man wird sie dieserhalb weder zwangsweise zur Mitwirkung anhalten noch auf Schadenserſatz belangen können, wenn in Folge ihres Rücktrittes das Unternehmen fehlschlug. Dazu müßten besondere Umstände hinzutreten, welche das gegebene Wort als leichtfertig ertheilt erscheinen lassen. Denn im Allgemeinen steht die unerschwingliche Vertragsklausel der unmöglichen gleich (vgl. l. 6 Dig. de cond. inst. 28,7), und gerade beim Gesellschaftsvertrage ist auf die Person des Socius Rücksicht zu nehmen. Es kommt also hier darauf an, was gerade er leisten kann, nicht darauf, was unter Umständen ein Anderer an seiner Stelle leisten könnte. Im Hinblick auf ihn (intuitu personae) haben auch die anderen Theilhaber den Vertrag geschlossen; sie können sich daher nachträglich über seine

18) Es ist nicht richtig, wenn Hellwig a. a. O. S. 233—234 sagt, „daß auch in solchen Fällen der rechtliche Verpflichtungswille bei genügender Vorsicht des juristisch vorgebildeten Versprechensempfängers dadurch außer Zweifel gestellt werden könne, daß er sich ausdrücklich versichern lasse, der Versprechende wolle sich auch rechtlich verbindlich machen. Auch werde Niemand behaupten können, daß in solchem Fall die Sittlichkeitsordnung verletzt werde." Gesetz und gute Sitte (§§ 134, 138) gestatten entweder nicht die Beschränkung der persönlichen Freiheit des Versprechenden oder sie verneinen aus anderem Grunde (vgl. z. B. § 226) das schutzwürdige Interesse an der versprochenen Handlung oder Unterlassung. Endlich ist das Vorhandensein des rechtlichen Verpflichtungswillens objektiv und nicht subjektiv (nach den Aeußerungen der Parteien) zu bestimmen. Der Vertrag untersteht der richterlichen Auslegung auch in dieser Beziehung. Vgl. §§ 133, 157.

mangelnde Leistungsfähigkeit nicht beschweren, sondern nur gegebenenfalls die Gesellschaft auflösen oder den Betreffenden ausschließen (vgl. §§ 723, 737 BGB).

Führt die Gesellschaft zu Gewinn oder Verlust, so hat selbstverständlich jeder Gesellschafter daran Antheil. Also er hat Antheil am Gewinn und muß den etwaigen Verlust antheilig tragen. Für uns ist dabei gleichgültig, ob die Gewinnvertheilung periodisch erfolgt und schon im Laufe der Gesellschaftszeit begehrt werden kann, oder erst am Schluß bei Auflösung der Gesellschaft. Es hängt dies von der Möglichkeit eines Gewinnes während der Dauer der Gesellschaft und anderseits, wenn diese Möglichkeit vorliegt, von den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages ab (s. § 721). Was zu bestimmen nöthig war, und für das Wesen der heutigen Gesellschaft ausschlaggebend ist, betrifft den Punkt, daß der Gesellschafter, welcher nur Dienstleistungen beigetragen hat, auch mit dem kapitalistischen Sozius regelmäßig gleichen Antheil am Gewinn und Verluste der Gesellschaft hat. Auch sind die Antheile im Zweifel gleich für jeden Sozius (§ 722). Diese Vertheilung des Gewinnes und Verlustes nach Köpfen kann freilich durch den Gesellschaftsvertrag modifizirt werden, und wird mit Recht geändert, wenn das Maß der Betheiligung der einzelnen Sozien an Einlage und sonstiger Förderung des Gesellschaftszwecks ein ganz verschiedenes ist. Aber das Maß der überwiegenden Betheiligung kann hier gerade so gut auf Seiten der Arbeit, als auf Seiten des Kapitals liegen. In dieser Beziehung entscheidet lediglich die (mit Rücksicht auf die Umstände vorzunehmende) Auslegung des einzelnen Vertrages. Daß eine Vereinbarung, welche dem Wesen der Gesellschaft widerspricht, wie daß ein socius an dem Gewinne gar nicht, sondern nur am etwaigen Verlust betheiligt sein soll (societas leonina), den Vertrag, wenn auch nicht schon um deswillen ungültig macht, so doch aus dem Rahmen

des Societätsbegriffs heraushebt[19]), braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden. Nur sind die Ansichten über den Umfang des Sozietätsbegriffs verschieden. Während Einige lediglich den Ausschluß eines Sozius von jeglichem Gewinne mit dem Begriffe der Gesellschaft für unvereinbar erklären, nehmen Andere an, daß schon dann keine Gesellschaft vorliege, wenn ein Sozius entweder nur an dem Gewinn oder nur am Verluste theilnehmen soll[20]). Die letztere Ansicht kann ich nicht für richtig halten; sie entspricht weder der richtigen Auffassung des Gemeinen Rechts, noch ist sie aus den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Essentialien des Gesellschaftsvertrags abzuleiten. Richtig ist nur, daß einzelne neuere Gesetzbücher sie angenommen haben, aber auch diese keineswegs so generell, wie nach der hier bekämpften Meinung. Vielmehr gestatten jene neueren Gesetze meist die vertragliche Befreiung desjenigen Sozius von den Verlusten, welcher seine Arbeit oder Industrie in die Gesellschaft eingebracht hat, und verbieten nur die schuldenfreie Zurücknahme der eingelegten Kapitalien. So der Code civil Art. 1855, das Züricher Gesetzbuch § 1244, das Schweizerische Bundesgesetz über das Obligationenrecht Art. 531 und das Oesterreichische GB § 1196 ff. Diese Regelung hat manches für sich, ist aber nicht diejenige unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs. Entscheidend kann nach

19) Vgl. l. 5 § 2 Dig. pro socio: donationis causa societas recte non contrahitur; u. l. 29 § 2 eod. . . . societatem talem coïri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret . . . et nos consentimus talem societatem nullam esse. Aber als Schenkung oder Uebernahme des Risikos einer fremden Unternehmung kann der Vertrag gültig sein, wenn er als solcher beabsichtigt war und die besonderen Formen dieser Verträge gewahrt sind. Vgl. z. B. §§ 518, 766 BGB.

20) S. im ersteren Sinn die Handausgabe des BGB von Fischer, im letzteren diejenige von Achilles u. Konf. zu § 722. — Die richtige Beantwortung dieser Frage ist für die spätere Erörterung, ob andere partiarische Verträge vorliegen, von Bedeutung.

letzterem nur sein, was § 705 unter den Essentialien des Gesellschaftsvertrags versteht. Dazu gehört aber nur die gegenseitige Verpflichtung der Sozien zur Förderung des gemeinschaftlichen Zwecks in der vertraglich bestimmten Weise, insbesondere durch Leistung von Beiträgen. Darin liegt, daß zwar das vorgesteckte Ziel für Alle gemeinschaftlich und Allen zugänglich sein muß; sodaß also, wenn dieses ein Gewinnzweck ist, Jedem einen Antheil am Gewinne zustehen muß. Ferner, daß sich jeder Sozius, sei es durch Kapitaleinschüsse oder Dienstleistungen an der Erreichung des gemeinschaftlichen Zwecks betheiligen muß, also nicht vertraglich von der Leistung aller Beiträge befreit werden kann. Das bestimmen zum Theil auch ganz dieselben Gesetzgebungen, welche die Befreiung des arbeitenden Sozius von den Gesellschaftsverlusten zulassen. Vgl. § 1362 des Sächsischen, § 1236 des Züricher Gesetzbuchs. Und dieses und nichts Anderes ist auch der Standpunkt unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs. Insbesondere steht § 722 dem hier Gesagten nicht entgegen. Er giebt nur eine Dispositivbestimmung, daß im Zweifel Gewinn und Verlust nach gleichem Maßstab und nach Köpfen zu vertheilen sind, während die maßgebende Beurtheilungsnorm für unsere Frage im § 705 liegt, wonach dem Wesen der Gesellschaft nur das widerspricht, einen Gesellschafter von jeder Beitragspflicht (an Kapitalien oder Diensten) freizusprechen oder ihm jeglichen Antheil am Gewinne zu versagen. Dagegen ist Befreiung vom Verluste zulässig, und zwar nicht blos für den arbeitenden, sondern auch für einen kapitalistischen Sozius, sofern der Sinn der Klausel nicht blos der ist, daß er der Gesellschaft nur seinen Namen leiht[21]). Es ist nicht abzusehen, warum nicht eine ausreichende und schutzwürdige Förderung des Gesellschaftszwecks auch darin liegen soll,

21) S. darüber oben Anm. 16.

daß ein Gesellschafter gewisse Sachen oder sonstige Fonds in die Gesellschaft einbringt, mit dem Vorbehalt, sie später unversehrt zurückzuerhalten[22]). Jedenfalls ist dieses auch der Standpunkt des Preußischen[23]) und richtig verstandenen gemeinen Rechts[24]).

Das partiarische Rechtsgeschäft im eigentlichen Sinne.

§ 3.

Im Allgemeinen sitzen also nach den vorigen Ausführungen im Gesellschaftsvertrage die Genossen auf Gedeih und Verderb bei Ausführung der gemeinschaftlichen Unternehmung[1]). So daß sie also bei ungünstigem Ausgang den Verlust antheilig tragen, bei günstigem Erfolg die Vortheile gemeinsam genießen sollen. Dabei haben die kapitalistischen Genossen regelmäßig nur den Vorzug, daß sie zuerst ihre Einlagen zurückerhalten, bevor von einem Gewinn die Rede ist, während geleistete Dienste in diesem Sinn à fonds perdu (also schlechthin ersatzlos) aufgewendet sind[2]). § 733 Abs. 2. Die regelmäßig gleiche Vertheilung von Licht und Schatten unter den Gesellschaftern, das vertragsmäßige Hinstreben

22) Auch ist ja selbstverständlich der Einschießende niemals von jeglicher Gefahr befreit; er ist nicht absolut sichergestellt. Die Einlage kann verloren gehen, ohne daß der Geber etwas wiedererhält.

23) Dernburg, Preuß. Privatrecht II § 220 S. 659 Eccius desgl. II § 143 S. 381 ff.

24) Das römische Recht hat in dieser Frage eine Entwickelung durchzumachen gehabt, von welcher noch l. 29 pr. § 1 Dig. pro socio (17, 2) u. § 2 I. de societate (3, 25) zeugen. Doch sagt die letztere Stelle schließlich ganz allgemein: obtinuit, ut illud quoque constiterit, posse convenire, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur. S. auch Windscheid, Pand. II § 405 Text u. Anm. 17. Dernburg, Pand. II § 126 Ziff. 3. E. d. ROHG Bd. 17 S. 145 u. d. RG Bd. 20 S. 163, Bd. 27 S. 13, Bd. 31 S. 35.

1) Vgl. § 722 BGB.

2) Das Gleiche gilt auch für die bloße Ueberlassung von Gegenständen zur Benutzung für die Gesellschaftszwecke. S. § 733 a. a. O.

nach einem gemeinschaftlichen Ziele oder einem Erfolg, der allen sociis gleichmäßig zu Gute kommen soll, macht die Gesellschaft in den Augen Vieler zum partiarischen Rechtsgeschäft par excellence, sodaß von Alters her die Auffassung verbreitet war, als liege in Fällen, in denen Mehrere sich in der Art zusammenthun, daß der Erfolg oder gewisse Vortheile ihres Zusammenwirkens unter ihnen vertheilt werden sollen, regelmäßig eine Gesellschaft vor. Daß diese Auffassung eine irrige, rein äußerliche ist, erhellt aus den im vorigen Abschnitte erwähnten Voraussetzungen des Sozietätsvertrags, die häufig fehlen, wo das besprochene Zusammenwirken mit Gewinnvertheilung thatsächlich besteht. Es gibt also partiarische Geschäfte, auf welche der Sozietätsbegriff nicht paßt; — weder das innere Kriterium, die Absicht der Parteien, sich als Genossen gleichen Rechtes anzuerkennen und als solche zu handeln, noch selbst ein äußeres, weil häufig die Wesenheit anderer Geschäfte so deutlich zu Tage tritt, daß augenscheinlich nur Verlegenheit um eine ausreichende Konstruktion der stipulirten Gewinnvertheilung zu der Heranziehung der Gesellschaftsgrundsätze führte.

Wenn wir daher von partiarischen Geschäften reden, so meinen wir damit überhaupt nicht die Gesellschaft, so wenig wie irgend einen anderen contractus sui generis. Diese sind in ihrem Inhalt schon genügend durch das bisherige Recht gekennzeichnet, und es hätte keine besondere Bedeutung, sie daraufhin zu untersuchen, inwiefern in ihnen eine Vermögens- oder sonstige Interessengemeinschaft der Parteien zum Ausdruck gelangt. So kommen wir dem Wesen der Gesellschaft nicht näher, wenn wir darauf hinweisen, daß sie regelmäßig die Begründung eines Gesellschaftsvermögens zur Folge hat, das schließlich unter den Gesellschaftern nach bestimmten Regeln vertheilt wird; wir gewinnen dem Trödelvertrage keine neue Seite ab, wenn wir betonen, daß derselbe zwar nicht Sozietät ist, aber, in-

sofern der Trödler über dem gesetzten Limitum verkauft, eine verhältnißmäßige Betheiligung der Parteien am Erlös der Sache hervorruft. Damit beschreiben wir nur gewisse Kontrakte nach ihrem Wesen, gelangen aber zu keinem weiteren Ergebnisse und insbesondere zu keinem neuen Rechtsbegriff für Fälle, in welchen die Kriterien jener speziellen Geschäfte das partiarische Verhältniß nicht erschöpfen. Die neue Rechtsfigur, der unsere Untersuchung gewidmet ist, beginnt erst, wo zu andersartigen, in ihren Voraussetzungen und Wirkungen selbständig bestimmten Rechtsverhältnissen das partiarische Moment hinzutritt und dadurch den Inhalt resp. die Wirkungen jenes Verhältnisses eigenthümlich gestaltet und umbildet.

Daß letzteres möglich ist, ohne das Geschäft den Regeln der Sozietät zu unterwerfen, wird unten nachzuweisen sein; woran sich dann zweckmäßig eine nähere Darstellung der Veränderungen anschließen soll, die das Verhältniß der Parteien durch die Einfügung des partiarischen Moments erfährt. Wir werden sehen, daß eine solche Umbildung bei vielen Rechtsgeschäften möglich ist; und die nachfolgenden Ausführungen verwahren sich davor, eine völlig erschöpfende Aufzählung der möglichen Fälle zu enthalten. Vielmehr, je aufmerksamer man das gesammte Rechtsgebiet durchforscht und je weiter unsere Kultur fortschreitet, um so sicherer wird es gelingen, die Zahl der partiarischen Geschäfte noch zu vermehren. Namentlich je mehr die sog. soziale Bewegung bei uns zum Durchbruche gelangt, wird damit ein Aufschwung des partiarischen Elements auf den verschiedensten Gebieten unseres wirthschaftlichen Lebens Hand in Hand gehen. Es handelt sich bei unserer Untersuchung um eine heutigen Tags sehr aktuelle Frage; und nirgendwo fast stehen wir in unserer Wissenschaft vor einer Rechtsbildung, die so wie diese fähig ist, zur Ausgleichung der sozialen Gegensätze, insbesondere zwischen Kapital und Arbeit, beizutragen.

Muß es als eine der vornehmsten Aufgaben der heutigen Rechtslehre angesehen werden, in diesem Kampf schutzwürdiger Interessen Mittel zu finden, die ein geordnetes Zusammenwirken beider Faktoren auf dem Boden der bestehenden Rechtsordnung ermöglichen und zur Zufriedenheit der Allgemeinheit beitragen, so stellt sich das partiarische Rechtsgeschäft dazu als eine ganz besonders taugliche Geschäftsform dar. Wenn seinerzeit darum gestritten worden ist, ob das Bürgerliche Gesetzbuch derartigen wirthschaftlichen Bedürfnissen hinreichend Rechnung trage, so können wir mit Genugthuung konstatiren, daß dasselbe in unserer Frage einer gedeihlichen Entwickelung und Ausgestaltung der überkommenen Begriffe viel weniger Schwierigkeit entgegensetzt, als das römische Recht, dessen Anpassungsfähigkeit an neue Verhältnisse und Probleme oft überschätzt zu werden pflegt. Von den hier in Betrachtung kommenden partiarischen Rechtsverhältnissen kennt es im Wesentlichen nur die Theilpacht, deren Charakter noch bis in die jüngste Zeit hinein bestritten blieb, wenn auch die richtige Auffassung derselben unverkennbar an Boden gewonnen hat. Was aber bis heute in der Rechtslehre noch nicht erkannt wurde, ist, daß es sich hier um eine Lohnform handelt, die nicht blos auf überwundene Zustände der Naturalwirthschaft zurückweist, sondern mit der anderen Seite des Januskopfes auf eines der wichtigsten sozialen Probleme der Zukunft hindeutet. Daraus erklärt es sich, wenn unsere Untersuchung zunächst von einer Rechtsfigur ausgeht, deren Werth von der modernen Praxis nicht allzu hoch eingeschätzt wird. Vielleicht gelingt es uns im weiteren Verlaufe darzuthun, daß auch in dieser Hinsicht ein Vorurtheil obwaltet. Jedenfalls aber wird sich aus dem organischen Zusammenhang der Theilpacht mit anderen Lohnformen, welche heutzutage eine beständig wachsende Rolle spielen, ergeben, daß das „partia-

rische Verhältniß" einen in der künftigen Wissenschaft nicht mehr zu ignorirenden Faktor unserer Rechtsentwickelung bildet, wenn sie beabsichtigt, in wirthschaftlichen Bahnen fortzuschreiten. Schon aus diesem Grunde dürfen wir an keiner Erscheinungsform dieses Verhältnisses achtlos vorübergehen. Der Inhalt des partiarischen Rechtsgeschäfts besteht nun in der rechtlichen Betheiligung eines Anderen am Wirthschaftsprodukt: und zwar desjenigen, durch dessen Beihülfe die Herstellung dieses Produkts gelang. Die Hülfe leistet in erster Linie der Arbeiter, sodaß sich unsere Frage dann dahin formulirt, inwiefern der Arbeiter am Arbeitsprodukte zu betheiligen ist. Zuweilen leistet sie auch der Kapitalist, welcher dem Arbeiter durch Gewährung der erforderlichen Arbeitsbedingungen die Arbeit erst ermöglicht. Hier muß dem Einen recht sein, was dem Anderen billig ist. Es ist also zu fragen, ob nicht auch hier gegebenenfalls dem Kapitalisten ein Antheil am Produkt der Arbeit zugesprochen werden kann. Dadurch wird vielfach die Geneigtheit zur Kreditgewährung erhöht, der Vortheil also auch wiederum dem Arbeiter zu Gute kommen.

Wir sehen schon aus dieser kurzen Andeutung, wie sehr sich unter Umständen die Interessen von Kapital und Arbeit verketten lassen, wenn es gelingt, sie auch juristisch in parallele Bahn zu leiten, — ihnen bis zu gewissem Grad dasselbe Ziel zu geben. Daß die Gesellschaft die rechtliche Form dafür nicht ist, liegt auf der Hand. Denn trotz des Umstands, daß Kapital und Arbeit häufig aufeinander angewiesen sind, sind sie doch innerlich einander feindlich; sodaß der animus confraternitatis, welcher im Wesen der societas begründet ist, kaum seltener vertreten sein wird, als gerade hier. Die Absicht, als Genossen zusammenzuwirken, scheitert nicht selten schon an der ganz verschiedenen sozialen Stellung der Parteien. Der Gedanke des Arbeiters geht nur dahin, im Fall der Arbeitgeber viel ver-

dient, auch seinerseits entsprechend viel zu verdienen, und nicht mit einem sog. Hungerlohne abgefunden zu werden. Umgekehrt will der Kapitalist, der die Gefahr des creditum für eine Unternehmung trägt, bei gutem Geschäftsgang seines Schuldners auch entsprechend profitiren. Der Satz „cuius est periculum eius debet esse commodum“ hat, wie man sieht, auch seine wirthschaftliche Seite.

Diesen beiderseits berechtigten Bestrebungen dient die Betheiligung des einen Theils am Arbeitsgewinn der anderen Partei: loco mercedis. Um sie rechtlich zu bewerkstelligen, ist eine ganze Anzahl von Geschäften tauglich, je nachdem es sich um die Betheiligung des Anderen am Totalprodukt, — an einer gewissen Produktionsgattung — oder an dem Ertrag aus einzelnen bestimmten Arbeitsleistungen handelt. Die in Frage kommenden Geschäfte sind dieselben, wie wenn die merces in anderer Art versprochen worden wäre. Das Geschäft wird also durch die Leistungen desjenigen Theils bestimmt, welcher in der Betheiligung den Lohn dafür erhält. Diese Geschäfte schließen nicht schon an sich, wie die Gesellschaft, jene Betheiligung der Kontrahenten an dem durch ihr Zusammenwirken erzielten Erfolge in sich ein. Ist letzteres der Fall — liegt insbesondere Gesellschaft vor — so ist der Vorgang für uns bedeutungslos. Dann sind auch keine sozialen und Interessengegensätze auszugleichen, wozu die Rechtsordnung im partiarischen Geschäft die Hand bietet; die mannigfachen Schwierigkeiten, die uns im Folgenden beschäftigen werden, treten dann nicht ein. Im partiarischen Rechtsgeschäft wird wesentlich die einseitig kapitalistische oder individualistische Tendenz gewisser anderer selbständiger Geschäfte durchbrochen; die letzteren werden den Bestrebungen des sozialen Ausgleichs oder einer allgemeinen ausgleichenden Gerechtigkeit dienstbar gemacht. Das partiarische Rechtsgeschäft ist danach überhaupt

kein den gewöhnlichen Rechtsgeschäften koordinirtes Geschäft (wie beispielsweise der Kauf neben der Miethe steht), sondern eine Spezies gegenüber dem Genus. Es entsteht auf Grund einer den gewöhnlichen Geschäften kraft des maßgebenden Parteiwillens einverleibten besonderen Geschäftsklausel.

Ob Veranlassung bestände, diese Klausel unter gewissen Umständen gesetzlich vorzuschreiben, soll hier nicht untersucht werden, da die nachfolgenden Erörterungen wesentlich de lege lata stattfinden. Aber unmöglich wäre eine solche gesetzliche Vorschrift keineswegs. Sie liegt im Grunde ebenso nahe als die Einführung des Versicherungszwanges. Auch dabei ist ein ursprünglich auf der freien Parteivereinbarung beruhendes Rechtsgeschäft durch Staatsgesetz obligatorisch gemacht. Wenn also die partiarische Geschäftsklausel sich im System der Sozialreform als Mittel gegen übermäßige Ausbeutung des Arbeiterstandes dienlich oder unentbehrlich erweist, so wäre kein Grund vorhanden, um nicht bei gewissen Betrieben und in gewissem Umfang eine Betheiligung des Arbeiters am Arbeitsprodukt gesetzlich vorzuschreiben. Die Grenzen dafür zu bestimmen, ist nicht Aufgabe des Juristen; dafür sind andere, volkswirthschaftliche Erwägungen maßgebend. Hier gilt es nur, den neuen Weg zu zeigen, der im Interesse der Sozialreform je nach Bedürfniß mit größerem oder geringerem Nachdruck neben allen bisherigen Maßnahmen in dieser Richtung beschritten werden könnte, und der sich kaum als größerer Eingriff in die Parteifreiheit und in die egoistischen Interessen der davon betroffenen Volkskreise darstellen würde, als der Versicherungszwang und andere Beschränkungen der Arbeitsverträge: das Verbot der Frauen- und Kinderarbeit und die Festsetzung gewisser obligatorischer Arbeitsbedingungen[3]), welche unter dem Gesichtspunkt des

3) S. z. B. auch die §§ 616—619 BGB. Das wichtigste bei ihnen ist der Schlußsatz, daß die betreffenden Verpflichtungen nicht

sog. „Arbeiterschutzes" in neuerer Zeit gesetzlich eingeführt worden sind. Man sieht, wir sind mit unsern Mitteln noch lange nicht zu Ende!

Vorläufig kehren wir von dieser Perspektive, welche Andere verfolgen mögen, zu den positiven Bestimmungen der heutigen Reichsgesetzgebung zurück. Danach beruht das partiarische Geschäft zur Zeit ausschließlich auf der freien Vereinbarung der Parteien. Und zwar haben wir es nach dem Vorbemerkten stets mit Geschäften zu thun, welche an sich auch nicht partiarisch abgeschlossen werden können, und so auch wohl überwiegend dann abgeschlossen werden, wenn der Abschluß nicht mit einem wirthschaftlich Schwächeren erfolgt. Diese Geschäfte erfahren durch den partiarischen Abschluß eine eigenthümliche Umbildung.

Wenn eine fruchtbare Diskussion über die partiarischen Rechtsgeschäfte bislang nicht stattgefunden hat, so liegt der Grund für dieses Uebersehen schließlich noch in einem anderen Umstande, der ihre Existenz dem flüchtigen Blick in vielen Fällen geradezu verhüllte. Das partiarische Geschäft braucht nicht ausschließlich partiarisch zu sein. Es verträgt neben dem partiarischen sehr gut ein anderes, festes Aequivalent; die Partiarqualität kann m. a. W. eine blos theilweise sein. Stellt sich die partiarische Natur, wie wir gesehen, überhaupt nur als Effekt einer besonderen Geschäftsklausel dar, so versteht es sich von selbst, daß statt der größeren Abweichung von den gewöhnlichen Geschäftsgrundsätzen auch die geringere gewählt werden kann. Es tritt dann der Quotallohn neben andere gewöhnliche Aequivalente. Natürlich werden dann sowohl die letzteren als die Quote kleiner sein, als wo sie einzeln und ausschließlich als Entgelt auftreten; aber die juristische Betrachtung berührt das

im Voraus durch Verträge ausgeschlossen oder beschränkt werden können.

nur soweit, als es darauf ankommt, festzustellen, inwiefern ein partiarisches Geschäft überhaupt vorliegt Der Regel nach ist, wie wir oben schon betonten, die Größe der Quote für das Verhältniß der Parteien gleichgültig; ähnlich wie es für die Rechte eines Miterben oder socius nicht viel verschlägt, wie groß die Quote ist, zu welcher er an der Gemeinschaft Antheil hat. Die Thatsache der Betheiligung, nicht ihre Höhe ist es, welche die Beziehung der Parteien auch im partiarischen Rechtsgeschäfte eigenthümlich bestimmt. Dagegen ist ohne Weiteres klar, daß dieses Institut in der zuletzt besprochenen theilweisen Realisation bedeutend an Ausdehnung gewinnt. Denn in der reinen, ungemischten Gestalt ist es für die Parteien vielfach mit einem zu großen Risiko verbunden. Dagegen werden die damit verbundenen Gefahren gebrochen, wenn dem Vergütungsberechtigten in allen Fällen ein gewisser Minimallohn verbleibt und er nur Aussicht hat, auf Grund der partiarischen Klausel noch etwas dazu zu gewinnen. In dieser Form ist also das Institut auch praktisch am meisten empfehlenswerth.

Wie alle Rechtsgeschäfte, so können auch die partiarischen Geschäfte entweder einseitige oder zweiseitige sein. Doch überwiegen, da es sich um Arbeitsleistungen mit Vergütung handelt, erklärlich die Verträge. Daraus mag sich rechtfertigen, daß wir den angegebenen Eintheilungsgrund im Folgenden nicht weiter verfolgen; es kommt hinzu, daß sich für unsere Darstellung, die erst die Möglichkeit der einzelnen partiarischen Geschäftstypen erweisen soll, viel mehr empfiehlt, von der bekanntesten Erscheinungsform dieses Verhältnisses organisch zu anderen fortzuschreiten.

Zweites Kapitel.

Die partiarischen Lokationen.

Erster Abschnitt.

Allgemeines.

§ 4.

Unter den soeben nach ihrem rechtlichen Wesen charakterisirten partiarischen Rechtsgeschäften nehmen die partiarischen Lokationen die erste Stelle ein. Die Beibehaltung dieses Sammelbegriffs bedarf dem neueren Rechte gegenüber einer Rechtfertigung. Das römische Recht faßte bekanntlich unter der locatio-conductio mehrere, verschiedenen Funktionen dienende Kontrakte zusammen: Sachmiethe und Pacht, welche uns Sachen oder andere Gegenstände zu bestimmter Benutzung gegen ein Aequivalent zur Verfügung stellen; Dienstmiethe und Werkvertrag, welche uns die Arbeitskraft eines Anderen (als solche oder in ihrem Resultat betrachtet) zeitweise gegen Entgelt zur Benutzung oder Verwerthung übermitteln. Diese Zusammenfassung ist heute insofern nicht mehr zeitgemäß, als sie die Bedeutung der freien Arbeit, die in Rom bekanntlich eine minimale war, unterschätzt. Man kann deren Inanspruchnahme nicht mit Sachbenutzung zusammenstellen[1]). Kein Mensch ist in der

[1]) Auch das Bürgerliche Gesetzbuch erkennt dies dadurch an, daß es die Verträge auf Ueberlassung des Gebrauches und der Nutzung

Weise ausschließlich um eines Anderen willen da, wie es die Sachen oder andere Gegenstände um der Menschen willen sind. Die zunehmende wirthschaftliche, politische und ethische Bedeutung der Arbeit in heutiger Zeit läßt daher eine Paralleliſirung des Arbeitsvertrags mit Sachmiethe im Allgemeinen nicht mehr zu[2]). Wenn wir an dieſer Stelle gleichwohl die „partiariſchen Lokationen" zuſammengeſtellt haben, ſo war dafür nicht blos die hiſtoriſche Methode ausſchlaggebend, der wir im Allgemeinen folgen, und die uns nahelegt, von dem im römiſchen Recht einzig verbürgten Fall einer locatio-conductio partiaria zu anderen fortzuſchreiten[3]), und die zum Zweck der Konzentration unſerer Darſtellung auch weiterhin ſtattfindende gruppenweiſe Zuſammenfaſſung verſchiedener Erſcheinungsformen der partiariſchen Rechtsgeſchäfte unter gewiſſen gemeinſchaftlichen Geſichtspunkten, von denen der römiſche Begriff der Lokation doch ſicherlich auch einer iſt, — ſondern in erſter Linie der Umſtand, daß der begriffliche Zuſammenhang der Lokationsgeſchäfte, wenn er auch ſonſt für unſer Recht kaum mehr genügend haltbar erſcheint, um ein Syſtem darauf zu gründen, doch gerade bei den partiariſchen Kontrakten ſich

von Sachen und anderen Gegenſtänden zuſammen vor den verſchiedenen Arbeitsverträgen (Dienſt-, Werkvertrag ꝛc.) behandelt. Dadurch tritt die Regelung der Leihe (§§ 598 ff.) und des Darlehens (§§ 607 ff.) zwiſchen Miethe, Pacht und die erwähnten Verträge über Arbeit.

2) S. auch Endemann, Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht S. 90. — Weniger Berechtigung dürfte der Vorſchlag haben (S. 82ff.), daß Dienſt- und Werkvertrag zu einem einheitlichen Arbeitsvertrag zuſammenzufaſſen ſeien. Ich fürchte, daß dieſe Verſchmelzung ein noch viel verſchwommeneres Gebilde zu Tage fördern würde, als die Begriffsbeſtimmung des Werkvertrags im Bürgerlichen Geſetzbuch angeblich ſein ſoll. Man verſuche nur einmal, das unten (im dritten Abſchnitt) über dieſe beiden Verträge Ausgeführte zu verſchmelzen, um ſich von der Unmöglichkeit zu überzeugen.

3) S. auch oben § 3 i. f.

fortdauernd kräftig erweist[4]). Diese Fortwirkung des römischen Zusammenhangs hängt mit den Umbildungen zusammen, welche die verschiedenen Verträge, bei welchen das partiarische Moment vorkommt, durch die Einfügung dieses Elements in ihren Organismus erfahren. Wir haben gesehen, daß die partiarische Klausel wesentlich dem Ausgleich der Interessen von Kapital und Arbeit dient, daß ihre Einfügung in ein Geschäft also regelmäßig die Leistung einer Arbeit als integrirenden Bestandtheil der Parteidisposition voraussetzt. Soll doch vom Resultate dieser Arbeitsleistung die merces selbst genommen werden, welche im einen Falle der Vermiether oder Verpächter für die Sachüberlassung, in den anderen der Arbeiter selbst für seine dem Gegenkontrahenten geleisteten Dienste erhält. Dadurch nähert sich die partiarische Sachmiethe und Pacht den entsprechenden Arbeitskontrakten auch im heutigen Rechte wieder ganz erheblich. Alle partiarischen Verträge sind in gewissem Sinne Arbeitsverträge, daher auch die partiarische Sachenmiethe und Pacht: nur steht die Arbeitsleistung hier auf Seiten der merces. Es folgt daraus, daß der fundamentale Unterschied, den das moderne Recht zwischen Sachbenutzung und der Benutzung eines freien Menschen zu Arbeitszwecken aus wirthschaftlichen, politischen und ethischen Motiven — und demnach zwischen Sach- und Arbeitsmiethe — aufwirft, bei partiarischer Gestaltung der betreffenden Verträge nicht besteht, da es sich auch bei der merces des Partiarkolonen u. dgl. um Arbeit eines freien Menschen handelt, welche im (konkurrirenden) Interesse des locator vorzunehmen ist; nicht anders als bei eigentlicher Lohnarbeit. Auch der Kolon ist heutzutage kein Höriger, und nicht mehr an die Scholle gefesselt. Zu seinen Gunsten treffen in gleicher Weise alle die Momente zu, welche die

4) S. über die Verwandtschaft auch Bekker i. d. Zeitschr. für Rechtsgeschichte Bd. 3 (1864) S. 422.

neuere Doktrin zu Gunsten der Losreißung der Arbeitsverträge von der locatio-conductio rei anführt. Ja wir werden noch später sehen, daß ein und dasselbe partiarische Verhältniß (derselbe Vorgang) sich gegebenenfalls unter den Begriff eines jeden der verschiedenen Lokationsverträge subsumiren läßt. Dieser Umstand beweist deutlich, wie nahe die Beziehungen derselben unter der partiarischen Geschäftsklausel geblieben sind. Die neue bilderstürmende Bewegung sollte daraus lernen, etwas Wasser in ihren Wein zu thun: der alte römische Bau wackelt noch lange nicht, wenn auch der Zeiten Ungunst — besser gesagt, die Herrschaft einer neuen Weltanschauung — Manches davon abgebröckelt, manchen Stein für uns unbrauchbar gemacht hat. Jedenfalls wird man mich nicht der Inkonsequenz beschuldigen, wenn ich, trotz der nachdrücklichen Betonung der wirthschaftlichen Aufgaben unserer heutigen Jurisprudenz in der Einleitung, den römischen Lokationsbegriff hier zu Grunde lege. Es geschieht in wohlerwogener Berücksichtigung des Wesens der partiarischen Kontrakte.

Zweiter Abschnitt.

Sachenmiethe und Pacht.

Eintheilung.

§ 5.

Wie die Sachmiethe im weiteren Sinne (locatio-conductio rei) in die eigentliche Miethe und in Pacht zerfällt, so treffen wir auch eine partiarische Gestaltung des Verhältnisses bei beiden Gattungen an. Das mag auf den ersten Blick befremdlich erscheinen, weil außerhalb des eigentlichen Pachtbegriffs die Theorie der partiarischen Geschäfte noch sehr im Argen liegt. Es wird unsere Aufgabe sein, die aufgestellte Behauptung zu beweisen. Bevor das aber hier geschehen

kann, empfiehlt es sich, zunächst beim Pachtbegriffe zu verweilen und die partiarische Gestaltung desselben einer näheren Untersuchung zu unterziehen. Hier liegen die meisten Vorarbeiten vor, auf denen sich fußen läßt; hier ist das Institut des partiarischen Geschäfts der Theorie am meisten geläufig. Es verstößt diese Anordnung auch nicht gegen die gewöhnliche Regel, bei Behandlung des Miethvertrags an Sachen und anderen Objekten zu Gebrauch und Nutzung die Sachmiethe voranzustellen, weil das doch wesentlich nur wegen der verhältnißmäßig einfacheren Gestaltung des Verhältnisses bei der Miethe geschieht, während wir es hier vorzugsweise mit der Gegenleistung des Miethers und Pächters zu thun haben, die mit der Art der Nutzung des Objekts (Gebrauch, Fruchtziehung) nicht untrennbar in Zusammenhang steht. Jedenfalls konstruirt sie sich in der partiarischem Form bei Pacht viel leichter, als bei der Miethe. Daher ist denn auch bei der ersteren der partiarische Kontrakt viel früher als bei der letzteren zur Anerkennung gelangt.

A. Die Theilpacht.

I. Möglichkeit der Konstruktion.

§ 6.

Die partiarische Pacht ist Theilpacht (Theilbau: colonia partiaria). Der lateinische Ausdruck kommt in den Quellen sowenig vor, wie ein solcher für die Pacht überhaupt. Nur der Pächter wird meist colonus genannt und dementsprechend der Theilpächter colonus partiarius[1]). Es handelt sich hier um ein Rechtsgeschäft, zufolge dessen die eine Partei der anderen einen Gegenstand zur Gewinnung von Einkommen aus demselben (insbesondere von Früchten) mit der Maßgabe überläßt, daß der Entgelt nicht (oder nicht ausschließlich) in einer bestimmten Quantität von Geld oder anderen Sachen, sondern in einer fortlaufend (periodisch) zu entrichtenden Quote des Ertrags des Gegenstandes bestehen soll. Pars quanta und pars quota bilden also fundamentale Gegensätze. Nur bei miethweiser Ueberlassung gegen letztere reden wir von Theilpacht.

---

1) Vgl. l. 25 § 6 Dig. locati (19, 2) und über die Theilpacht überhaupt Glück, Pandekten Bd. 17, S. 331 ff., Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen Bd. 4 I S. 143 ff., Sintenis, Civilrecht II § 118 N. 4, Pernice, Parerga I, i. d. Zeitschr. d. Savigny-Stiftung f. Rechtsgeschichte Rom. Abth. III S. 55 u. Amoenitates iuris, eod. VII S. 99, Waaser, Die colonia partiaria (1885), Zachariä von Lingenthal i. d. Zeitschr. f. Savigny-Stiftung XII Rom. Abth. S. 80, Ferrini, Ueber die colonia partiaria i. Arch. f. civ. Praxis Bd. 81 S. 1, Zobkow, Die Theilpacht nach röm. u. österreich. Recht (1895), Dernburg, Pandekten II § 111 N. 4.

Die juriſtiſche Konſtruktion dieſes Vertrags nach römiſchem Rechte iſt noch immer ſtreitig, wenngleich ſich heutzutage wenigſtens bei uns im Weſentlichen nur noch zwei Theorien gegenüberſtehen, von denen die eine das Verhältniß als locatio-conductio auffaßt, während die andere es für eine Sozietät erklärt. Die erſtere Meinung wird insbeſondere von Glück, Geſterding, Sintenis, Pernice, Dernburg und neuerdings von Zobkow vertreten; der entgegengeſetzten folgten ſchon die Byzantiner, ſowohl die der älteren als der neueren Schule, wenn ſie auch einen Innominatkontrakt oder je nach der Abſicht der Parteien ein klagbares pactum mit der Sozietät in Konkurrenz ſtellten[2]). Daß derartige Auffaſſungen auch die Kompilatoren des Juſtinianiſchen Geſetzeswerks beherrſcht haben, wird von Ferrini wahrſcheinlich gemacht[3]). Jedenfalls iſt es die Anſicht des Donellus[4]), daß hier eine Sozietät vorliege, eine Auffaſſung, die kürzlich noch von Waaſer, dem merkwürdigerweiſe die Vorgängerſchaft Donell's bei ſeiner Theſe ganz entging[5]), wieder aufgenommen worden iſt. Dagegen ſchwankt Cujaz, ſo daß ſich Zobkow[6]) mit Unrecht auf ihn als Gewährsmann beruft. Da ich auch bei Waaſer ein befriedigendes Eingehen auf Cujacius vermiſſe, kann ich mir nicht verſagen, die Hauptſtellen hierherzuſetzen. So heißt es ad leg. 5 ff. in tit. LXV de locato[7]) ganz richtig:

Plinius in epistolis lib. 9 *Medendi*, inquit, *una*

2) Vgl. die Baſiliken l. 8 Cod. 2, 3 (Heimbach I S. 648) u. schol. des Thaleläus (ſ. auch eod. Bd. II S. 334).

3) Ferrini a. a. O. S. 12—19.

4) Comm. iur. civ. XIII. 6 n. 3 u. 6: In mercede, itidem ut in pretio duo spectanda: primum ut consistat in pecunia numerata; quod si pro usu rei aliud quid praestatur, locatio non erit. Und XIII, 7 n. 9, wo geradezu geſagt wird, non idem placuit in partiario colono: ut enim is conductor non est, sed socius.

5) Waaſer a. a. O. S. 14.

6) Zobkow a. a. O. S. 11.

7) Bd. IX der Ausgabe v. 1781 (Mutinae) S. 380.

ratio, si non nummo, sed partibus locem. Et sane locationem esse dicendum est, si animus contrahendae locationis fuit, et ideo esse actionem ex locato et conducto, licet lucra et damna communicentur: nam locatio non tantum contrahitur certo pecuniae numero, sed et earum rerum, quae mensura vel pondere constant. Idque probat l. 21 hic (die bekannte l. 21 Cod. de locato 4,65).

Dagegen knüpft er ad leg. 8 in tit. III de pact.[8]) an dieselbe Stelle aus Plinius folgende Ausführungen an:

Plinius loquitur 9 Epist. *medendi una ratio est, ut non nummo, sed partibus locem:* utitur locandi verbo: partibus locare, est cum colono ita pacisci, ut agrum colat et in commune fructus dividat cum domino agri: sed ne abutamur his vocabulis[9]): nam potest esse locatio cum dantur pecora pastori ea lege ut foetus sint communes, vel cum datur ager colendus colono ea lege, ut fructus sint communes: quia locatio non consistit sine pretio, exemplo venditionis et emptionis: pretium autem non est, nisi confestim sit pecunia numerata. . . . Quid ergo est? certe societas.

Und weiter nochmals:

nam revera inter dominum fundi et colonum partiarium societas contrahitur.

Damit stimmt auch überein der Schlußsatz ad leg. 13 § 1 in tit. V de praescript. verb.[10]):

---

8) Bd. IX eod. S. 61.

9) Aehnlich sagt Donellus mit Beziehung auf die ganz klaren Worte der l. 21 Cod. de locato (4, 65): quod dicitur in l. si olei C. de loc. si olei certa ponderatione fructus anni locasti, „locasti" dictum est abusive, dum imperatores referunt verba consultricis, quae in specie facti proponenda hoc verbo usa erat. Auf diese Gewaltsamkeit der Interpretation der Gegner der Lokationstheorie macht schon mit Recht Ferrini aufmerksam. Vgl. S. 9 a. a. O.

10) Bd. VII. derf. Ausg. v. 1781 S. 832.

Idem est, si quis colono aut politori agrum colendum det, ut partiantur fructus, non contrahitur locatio sed societas: nam locatio fit mercede, non partibus rei.

Und das ist Cujacius' wahre und eigentliche Meinung; die merces kann bei Miethe und Pacht der Regel nach nur in Geld bestehen. Wenn in der ersten Stelle ausnahmsweise nachgelassen wird, daß Sachen, welche mensura vel pondere constant, als Entgelt gegeben werden dürfen, so geschieht dies vermuthlich nur, weil derart Sachen dem Gelde gleich geachtet wurden[11]) und die Parteiabsicht festgestelltermaßen auf locatio-conductio gerichtet war. So findet sich schon hier ein richtiger Ansatz zur Abstellung der ganzen Frage auf die vermuthliche Parteiabsicht, wenngleich vermischt mit grundsätzlichen Irrthümern. Befremdlich ist es auch, daß, während Plinius von „partibus locare", also vom Verpachten gegen eine Quote spricht, Cujacius seine Bemerkungen darüber an den Fall einer locatio für eine pars quanta und die von dieser handelnde l. 21 Cod. de locato anknüpft (locatio non tantum contrahitur certo pecuniae numero, sed et earum rerum, quae mensura vel pondere constant). Zeigt hiernach die genannte erste Stelle in allen Punkten deutlich die Verlegenheit des Autors, so dürfen wir gewiß auf Grund der letzteren um so bestimmteren Aeußerungen auch Cujaz den Anhängern der Societätstheorie zuzählen.

11) So sagt Cujacius selbst an anderer Stelle Bd. VII eod. S. 821 ad. leg. 5 de praescr. verb. (At cum do). Sicut emtio-venditio, ita locatio-conductio sine nummis sive pretio vel quantitate non consistit. Also er stellt sich die Sachlage genau vor wie beim Darlehen, das auch zu Stande kommt, mögen nun Geld oder andere Fungibilien zum Zweck der Leihe übereignet sein. Und das war auch die Anschauung seiner Zeit. Vgl. Viollet, Histoire du droit civil français. 2. Ed. 1893 S. 680 ff. („une somme d'argent ou une valeur, et en échange de ce service, obliger à perpetuité sa terre etc.") u. heute noch Art. 1892, 1894, 1896, 1897 Code civil.

Ferrini hat in seiner neuesten Arbeit sich darauf beschränkt, die gegensätzlichen Aussprüche der Quellen zu verzeichnen und die muthmaßliche Auffassung der Kompilatoren dahin festzustellen, daß dieselben bei der Miethe das Erforderniß der pecunia numerata für die merces hätten aufstellen wollen. Dafür zeugten u. A. verschiedene Interpolationen, durch welche dieser Grundsatz in das ältere Recht, das ihn nicht kannte, hineingetragen worden sei. In anderen Stellen sei die gegentheilige Auffassung nicht bemerkt worden und daher stehen geblieben. Daraus scheint dann gefolgert zu werden, daß für das Justinianische und spätere Recht der oben erwähnte Grundsatz der Kompilatoren maßgebend sei. Wenn das der Vorschlag des Verfassers wäre, so könnte dem nicht nachdrücklich genug widersprochen werden. Die Auffassung der Kompilatoren geht uns gar nichts an, sondern nur der Inhalt des Gesetzes. Dieser aber ist widersprechend, wie Ferrini selbst ausführt. Neben Stellen, die zu Gunsten der Kompilatoren-Ansicht sprechen und vielleicht interpolirt sind[12]), finden sich andere, die vom Erforderniſſe der pecunia numerata für die merces absehen; so die ausdrücklich von der Theilpacht redende l. 25 § 6 Dig. locati (19, 2):

Apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit, alioquin partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur.

Aehnlich l. 8 u. 21 Cod. de locato et conducto (4, 65) Ist dem aber so, dann ist durchaus kein Grund vor-

12) Vgl. l. 1 § 9 Dig. depositi (16, 3) u. l. 5 § 2 Dig. de praescr. verb. (19, 5) u. Gradenwitz, Interpolationen S. 143 ff. 132 ff. Lenel, Palingenesia I S. 1194 ff. Uebrigens handeln diese Stellen entweder gar nicht ausdrücklich von der Theilpacht, oder klassifiziren wenigstens nicht den Kontrakt, wie die berühmte l. 9 (8) Cod. de pactis (2, 3), wo es nur heißt, daß der Vertrag zu observiren sei (fidem pacto praestare per iudicem compelletur).

handen, um uns die etwaigen abweichenden Anſchauungen der Redaktoren des Juſtinianiſchen Geſetzeswerks anzueignen und für das letztere maßgebend zu erklären; ſowenig wie heutzutage die Anſichten irgend einer Geſetzgebungskommiſſion, ſoweit dieſelben nicht in dem Geſetze ſelbſt unzweifelhaften und zwingenden Ausdruck gefunden haben. Die sententia legis bleibt für uns allein zu erforſchen. Noch weniger kann uns die Auffaſſung des nachjuſtinianeiſchen Rechts darin beirren. Wir ſehen darin nur eine fortgeſetzte rückſchrittliche Bewegung. Nicht weniger ſchwankend iſt die Haltung, die Ferrini der Innominatkontraktstheorie gegenüber einnimmt. Zunächſt erſcheint ihm dieſe Konſtruktion der Theilpacht unmöglich[13]); doch räumt er wieder ein, daß ſie den ſyſtematiſchen Vorzug beſitze, die colonia auf eine pars quanta fructuum, die ſich im Rahmen der Geſellſchaft nicht ſchließen laſſe, von der auf eine pars quota nicht zu trennen. Das Streben der Vereinigung waltet bei uns Allen ob; warum es aber gerade auf dem Boden des Innominatkontrakts ſeine Befriedigung finden ſoll, iſt nicht erfindlich. Da liegt der Pachtbegriff doch näher. Man würde dieſe Auslaſſung Ferrini's alſo überhaupt nicht verſtehen, wenn man nicht aus anderen Zeugniſſen wüßte, daß heutzutage noch die Innominatkontraktstheorie im Ausland viele Vertreter hat[14]). Für uns iſt ſie endgültig abgethan: nicht etwa durch Waaſer[15]) oder Ferrini, ſondern ſchon längſt durch Cujacius[16]) und Glück[17]), weſentlich mit Berufung auf l. 21 Cod. de locato et conducto (4, 65), wo

13) Vgl. S. 12 a. a. O.

14) Vgl. z. B. Favre, Rational. ad Pand. Ad l. 25 § 6 loc. cond., Rerolle Du colonage partiaire et specialement du metayage (1888).

15) Theilpacht S. 48 ff.

16) Ad leg. 5 ff. de locato Bd. IX S. 380 d. Ausg. v. 1781. S. auch Geſterding, Ausbeute S. 145 ff.

17) Pandekten Bd. 17 S. 332.

es in Ansehung der für eine pars quanta fructuum geschehenen Ueberlassung nicht nur ausdrücklich heißt, daß gepachtet sei[18]), sondern der Vertrag auch geradezu für einen contractus bonae fidei und unauflöslich erklärt wird. Damit ist der Innominatkontrakt trotz Fehlens der pecunia numerata jedenfalls geleugnet und bleibt nur noch die Annahme einer locatio-conductio übrig[19]). Auf deren Boden ist dann wohl auch die erstrebte und auch nach meiner Ansicht durchaus nothwendige systematische Verbindung der für eine pars quanta und pars quota fructuum erfolgten Ueberlassungsverträge vorzunehmen.

Bei uns wird heutzutage überwiegend anerkannt, daß wenigstens bei Pacht, sei sie nun gegen eine pars quanta oder pars quota fructuum geschlossen, die merces nicht in Geld zu bestehen brauche[20]). Im ersteren Falle ist nicht einmal erforderlich, daß die Früchte aus dem überlassenen Gegenstand selbst herrühren. Denn die pars quanta ist auch dann zu leisten, wenn der Ertrag des Gegenstandes geringer ist[21]). Freilich in erster Linie ist auch sie aus dem Ertrag des Gegenstands zu nehmen; was sich z. B. in der Hinsicht geltend macht, daß Früchte von der Art wie dieser Gegenstand sie überhaupt gewährt, nicht etwa allgemein marktgängige Waare als Aequivalent zu leisten ist[22]). Besteht der Lohn dagegen in einer pars quota fructuum, so versteht sich umgekehrt von selbst, daß die Quote nur aus

18) „Locasti". S. darüber schon oben Anm. 9.

19) Freilich gehen die Ansichten über den größeren oder geringeren Ausnahmecharakter dieser Vorschrift im gemeinen Recht sehr auseinander. Vgl. Glück, Pand. Bd. 17 S. 331, Gesterding, S. 152, Wächter, Pand. II § 209 Beil. I, Arndts, Pand. § 309, Sintenis, Civilr. II § 118 Anm. 4, Windscheid, Pand. II § 399 Anm. 13, Dernburg, Pand. II § 111, Wendt, Pand. § 258.

20) Mit Unrecht beschränkt Windscheid dies auf die Pacht von Grundstücken.

21) S. auch Gesterding S. 146 ff. Waaser S. 29.

22) S. auch Entsch. d. RG Bd. 1 S. 360.

dem Ertrag des Gegenstandes selbst herrühren kann. Beim Mangel eines solchen wird sie nicht geschuldet, und nur nach seiner Maßgabe läßt sich der Lohn bestimmen. Aus dem Gesagten können wir auch schließen, daß die überlassene Sache wenigstens einkommensfähig sein muß, um in dieser Weise vergeben zu werden; woraus sich dann erklärt, daß das partiarische Verhältniß im römischen Recht nur für die Pacht, nicht auch für Miethe zugelassen wurde[23]). Denn an Vergütung aus dem Naturalertrag der Sache wird in Ermangelung eines Geldäquivalentes für die Ueberlassung in erster Linie gedacht. Ueberlassung zur Einkommensgewinnung aber ist Pacht: nicht Miethe noch locatio-conductio operarum s. operis[24]).

§ 7.

Schwieriger ist die Abgrenzung der Wesenseigenthümlichkeit der Theilpacht gegenüber dem Gesellschaftsvertrage. Denn hier handelt es sich nicht um die Wahl zwischen zwei begrifflich unvereinbaren Möglichkeiten, sondern um eine Konstruktion, welche auf das in Frage stehende Verhältniß

---

23) Und vollends nicht für Dienstmiethe und Werkvertrag. Denn so spezifisch wirthschaftliche Argumente, wie wir sie im Folgenden zu Gunsten des partiarischen Abschlusses auch dieser Kontrakte aufzuführen haben, dürfen wir dem römischen Recht — namentlich beim Fehlen aller sicheren Quellenzeugnisse — nicht zutrauen. Was Zobkow S. 16 ff. zu Gunsten der entgegengesetzten Meinung vorbringt, ist jedenfalls nicht überzeugend, und Bekker (Zeitschr. f. Rechtsgeschichte III S. 421), wie Ferrini (a. a. O. S. 13) drücken sich so vorsichtig darüber aus, daß sie wohl kaum als Stützen dieser Ansicht in Betracht kommen. Vor Allem übersieht Zobkow, daß das corpus iuris für gewisse Fälle die pecunia numerata doch als merces geradezu verlangt, was nicht damit hinwegzudisputiren ist, daß diese Stellen interpolirt seien. Zuzugeben ist nur, daß ein innerer Grund für die verschiedenartige Behandlung nicht besteht. Aber das römische Recht ist hier, wie so oft, nicht zu einem Ausgleich der verschiedenen Strömungen gelangt.

24) Ueber die letzteren s. noch unten § 21.

allerdings nicht selten zutrifft. Hier ist also das tiefere Detail des thatsächlichen Vorgangs maßgebend. Daher fühlt sich auch Gaius in der schon citirten Stelle[1]) gleich veranlaßt zu sagen, daß der partiarius colonus quasi societatis iure Vortheil und Nachtheil mit dem Grundherrn theile; und bis auf den heutigen Tag pflegt in den Höchstgerichtsentscheidungen, welche ein partiarisches Verhältniß anerkennen, auf dessen „gesellschaftsähnlichen" Charakter hingewiesen zu werden[2]). Aber mit diesem quasi und der Anerkennung der Gesellschaftsähnlichkeit wird das Verhältniß noch nicht selbst zur Sozietät; es kann sich vielmehr nur fragen, ob neben der Gesellschaft nicht eine Theilpacht, als wahre locatio-conductio rei partiaria, möglich ist. Die einfache Verneinung dieser Möglichkeit durch Waaser wird weder dem Verkehrsbedürfniß[3]) noch den Anforderungen der juristischen Systematik gerecht.

Was letztere betrifft, so wurde oben schon darauf hingewiesen, daß wir unmöglich den Vertrag auf Ueberlassung von Gebrauch und Nutzung einer Sache für eine pars quanta fructuum juristisch anders qualifiziren können, als den für eine pars quota fructuum. Indem Waaser die erstere als Pacht[4]), die letztere ausschließlich als Gesellschaft gelten lassen will, legt er von vornherein in die Be-

1) L. 25 § 6 Dig. locati (19, 2).

2) Vgl. z. B. Entsch. d. ROHG Bd. 11 S. 361 und manche andere Urtheile, die wir noch unten zu besprechen haben werden. — Das Oesterreichische GB § 1103 sieht die Theilpacht als Sozietät an.

3) Davon noch später im Detail. — Von der Stubenluft, die durch die ganze Arbeit Waaser's weht, wird schon ein kurzer Einblick überzeugen. Vgl. auch unten zu Note 14—20.

4) Weil der Vertrag, wodurch der Gebrauch eines Grundstücks gegen eine pars quanta fructuum eingeräumt wird, andernfalls als Konsensualkontrakt überhaupt nicht aufzufassen wäre, auch nicht als Gesellschaft, und daher entweder gar nicht oder nur unvollkommen (als Realvertrag) geschützt wäre. — Das ist, wie auch Ferrini (a. a. O. S. 5 u. 6) anerkennt, kein Argument für die Sozietätstheorie der „Theilpacht", sondern vielmehr ein Hinderniß, da es

weiskraft seiner späteren Deduktionen eine Bresche, da es nun doch mit dem behaupteten Erforderniß des Geldäquivalents bei der locatio-conductio nicht völlig Ernst ist und damit das stärkste Argument für die Gesellschaftstheorie verloren geht. Die andern halten einer tieferen Nachprüfung erst recht nicht stand. Ich übergehe die haltlosen kleineren Argumente: die Nichtberücksichtigung der Plinius-stelle[5]), die mit der klassischen Bemerkung abgethan wird, es sei darin von „besonderen" Verhältnissen die Rede, die keinen allgemeinen Schluß zuließen[6]); oder daß Plinius als Nichtjurist den Ausdruck „partibus locare" in uneigentlichem Sinn gebraucht habe, wie das mit juristischen Ausdrücken auch heute bei Leuten, denen feinere Bildung keineswegs abgeht, mitunter vorkomme[7])! Oder daß die Partikel „quasi" in l. 25 § 6 Dig. locati keinen Vergleich enthalte, sondern explikativ (= scilicet) zu verstehen sei[8]). Oder daß die Abstellung der Höhe der merces im Fall der Ueberlassung gegen eine pars quota fructuum den Erfordernissen der Bestimmtheit und hinreichenden Objektivität der Leistung widerspreche[9]), eine Behauptung, welche sich durch bloße Bezugnahme auf zahlreiche andere Fälle erledigt, in denen auch nach römischem Recht bei Kauf und Miethe eine beschränkte Unbestimmtheit des Leistungsgegenstandes[10]) und die Abstellung

---

durchaus unwahrscheinlich ist, daß das Recht in dieser Weise zwei unleugbar sehr nahe stehende Verträge verschieden aufgefaßt habe.

5) S. oben § 6 bei Note 7 u. 8.

6) Theilpacht S. 70.

7) Theilpacht S. 21. Als ob in Rom die „feinere Bildung" nicht gerade spezifisch eine auch juristische gewesen sei! S. auch Zobkow S. 8 ff.

8) Dagegen überzeugend Ferrini a. a. O. S. 11 ff. u. Zobkow S. 38.

9) Waaser a. a. O. S. 31 ff.

10) Vgl. Ferrini S. 6 ff., Zobkow S. 26. und im Allgemeinen über das Erforderniß der Bestimmbarkeit der Leistung Windscheid, Pand. II §§ 254, 386 zu N. 5 b ff. u. Cit.

der näheren Bestimmung auf das arbitrium des Gegenkontrahenten oder eines Dritten zugelassen wird[11]). In Wahrheit besteht das Aequivalent für die Sachüberlassung hier in einer spes, und es ist absolut kein Grund, die spes als Leistungsobjekt hier weniger zuzulassen als beim Kaufe. Wird sie auch dort in erster Linie für die Waare als Leistungsgegenstand anerkannt[12]), so kommt sie doch auch in Ansehung des Preises vor. Vgl. l. 7 § 1 u. 2 Dig. de contr. emt. (18, 1):

si quis ita emerit: est mihi fundus emtus centum et quanto pluris eum vendidero, valet venditio.

Natürlich ist beim Kauf eine derartige Unbestimmtheit der Waare häufiger als des Preises; aber daß die alea bei letzterem unmöglich sei, ist nach dem Obigen entschieden zu verneinen. Und für die Miethe muß dasselbe gelten. Was Waaser von der emtio spei sagt[13]), das trifft auch für die merces, und speziell in unserm Falle, zu: der Gegenstand ist gar nicht unsicher, denn er besteht nach römischer Auffassung eben in der spes (der Anwartschaft); sei es beim Kauf auf die etwa zu fangenden Fische, oder hier auf die zu gewinnende Saat oder sonstigen Früchte, deren Gewinnung doch auch nicht blos von dem Verhalten des Schuldners (dem gehörigen Netzwurf, der gehörigen Bestellung des Ackers, Wartung des Vieh's), sondern ebensosehr von Zufälligkeiten (Wind und Wetter, Mißwachs, Sterilität des Bodens) abhängt. Die spes ist beim Kaufe nicht bestimmter als hier; das Unbestimmte ist allein der schließliche Gegenstand der Leistung.

---

11) Vgl. zahlreiche Beispiele bei Zobkow a. a. O. S. 29 ff.

12) Die sog. emtio spei. Vgl. l. 8 § 1 Dig. de contr. emt. (18, 1): veluti cum quasi alea emitur; quod fit, cum captus piscium vel avium vel missilium emitur; emtio enim contrahitur etiamsi nihil inciderit.

13) Theilpacht S. 33 ff.

So bleibt denn schließlich nur der letzte Einwand Waaser's gegen die Vereinbarkeit der Theilpacht mit dem Begriffe der locatio-conductio übrig, daß hier der dominus, wenn er als Entgelt einen Theil der Früchte erhalte, die iure accessionis ihm gehörten bis der Pächter seinen Antheil derselben perzipire, mit seiner eigenen Sache bezahlt werde[14]). Dagegen aber spreche zwingend der Grundsatz der l. 13 § 1 Dig. de praescr. verb. (19, 5):

neque emtionem esse, quia pretii loco partem rei meae recipio.

Es ist nun zwar bereits darauf hingewiesen, daß auch dieser Grundsatz in den Quellen nicht unwidersprochen dasteht[15]); aber man hat vor Allem die Momente übersehen, welche gegen die analogische Heranziehung der obigen Stelle überhaupt sprechen. Es macht einen großen Unterschied aus, ob die Früchte schon vorhanden sind oder, wie hier beim Kontraktschluß noch nicht existiren. Das Verbot beim Kauf, mit Theilen der Kaufsache zu bezahlen, läßt sich mit Sicherheit nur auf zur Zeit des Kontraktschlusses schon existente Theile oder Sachen beziehen. Aber müßte man es auch auf künftig erst entstehende Sachen des Gläubigers erstrecken, so träfe das Verbot gleichwohl auf unsern Fall nicht zu, und es bedarf der gerade von Waaser verpönten „juristischen Klinik", um es darauf anzuwenden. Richtig ist nur, daß die unabgetrennten Früchte der Pachtsache dem Eigenthümer der letzteren gehören und erst durch die Perzeption vom Pächter erworben werden. Aber es ist unrichtig und beruht auf einer völligen Verkennung der wirthschaftlichen Sachlage, in dieser Perzeption des Kolonen etwas Ungewöhnliches zu finden, das nur angenommen

14) Theilpacht S. 25 ff.

15) Vgl. Zobkow a. a. O. S. 32 ff. unter Bezugnahme auf l. 6 § 2 und l. 21 § 4 Dig. de A. E. V. (19, 1). S. auch Ferrini a. a. O. S. 7 ff.

werde, um die für den dominus bestimmte Quote des Fruchtertrags, die ihm iure dominii schon gehöre, vorerst durch die Person des Kolonen hindurchzuleiten, um sie, als nunmehr fremde Sache, dem dominus wieder übereignen zu können. Wie liegt denn thatsächlich die Sache? Wer soll den Acker säen und düngen, das Vieh warten und schließlich auch die Früchte ernten? Der colonus rusticus oder der feine Römer, der vielleicht im Jahr nicht einmal auf das Landgut hinauskommt und sammt seiner näheren Umgebung es wohl für eine eigenthümliche Zumuthung ansehen würde, wollte man ihm ansinnen, sich die Oliven oder sonstigen Feldfrüchte, soweit sie nach dem Kolonatsvertrag auf ihn entfallen, selber aufzulesen oder die geworfenen Kälber mit nach Hause zu nehmen, — mit einem Wort die auf ihn fallende Quote des Fruchtertrags zu „perzipiren". Nein, Perzeptionsorgan ist der Kolon, der das versteht und dazu da ist, weil die Perzeption zu den ihm nach dem Vertrage obliegenden landwirthschaftlichen Arbeiten mitgehört. Ja er muß schon deshalb für beide Theile perzipiren, weil erst, nachdem der ganze Ertrag auf einem Haufen beisammen ist, sich die Gesammtheit desselben und damit auch die beiderseitigen Quoten übersehen lassen. Es geht schlechterdings nicht an, daß jede Partei sich ihren Antheil einfach vom Felde wegholt. Die Anschauung Waaser's, der in der Perzeption des Ganzen durch den Kolonen eine „Künstlichkeit", ja innere „Unwahrheit" erblickt, welche dem „unbefangen Urtheilenden" sofort auffalle, ist in Wahrheit ein prägnantes Beispiel der Fehlschlüsse vom grünen Tische aus: sein unbefangenes ein in Wahrheit durch Sachkenntniß nicht getrübtes Urtheil! Die Früchte bleiben nun blos solange Eigenthum des dominus, als sie vom Kolonen nicht perzipirt sind; letzterer aber ist nach der Natur des Kolonatsvertrags zur Perzeption des ganzen Fruchtertrags verpflichtet. Der dominus

ſelbſt und ſeine Leute ſind weder dazu berufen noch berechtigt. Der Kolon dürfte ſich eine ſolche Einmiſchung verbitten, die nur zur Folge haben würde, daß der Geſammtertrag verdunkelt wird, von dem die Quote ſich berechnet. So kommt es, daß die Früchte zuerſt durch die Perzeption dem Kolonen zu Eigenthum verfallen; wie das auch ſonſt durchaus natürlich iſt, da er doch die Sache zur Fruchtziehung ganz gepachtet hat und lediglich einen Theil des gewonnenen Erträgniſſes dem Eigenthümer als Entgelt abliefern muß. Er erfüllt ſonach mit eigenen, nicht mit dem dominus gehörigen Sachen. Um den Begriff der Theilpacht als locatio ad absurdum zu führen, poſtulirt Waaſer alſo ſeinerſeits ein ganz abſurdes und rechtlich unzuläſſiges Verhältniß, nämlich daß der dominus allgemein in Konkurrenz mit ſeinem Pächter ernte[16]).

Ueberhaupt fehlt Waaſer die wirthſchaftliche Anſchauung des von ihm beſchriebenen Inſtituts, ſo ſehr er auch von dem Gefühl ihres Beſitzes durchdrungen iſt. Mancher glaubt ſich heutzutage ſchon wirthſchaftlich veranlagt, wenn er nur gegen die Allmacht des Parteiwillens Front macht. So meint auch Waaſer, nur auf dieſes unfaßbare Moment ſtelle die Anſicht, die in der Theilpacht eine locatio-conductio erblicke, die Grenzbeſtimmung dieſes Vertrages von der Geſellſchaft ab[17]). Zunächſt iſt darauf zu erwidern,

16) Weder Ferrini noch Zobkow haben dieſen Punkt erkannt. Es iſt weder ein Argument für die richtige Anſicht, wenn erſterer (S. 7 a. a. O.) bemerkt, daß „gewöhnlich" Trennung und Perzeption der Frucht zuſammenfallen, noch wenn der letztere die petitio principii aufſtellt (S. 36): „wem die Sache früher gehörte, ſei gleichgültig; bei der Mercesleiſtung ſelbſt tradire der Partiarkolon ſeine und nicht des dominus Sache!" Nicht viel mehr als eine Redensart endlich iſt es, wenn weiter geſagt wird, es handle ſich im Grunde (!) bei den Früchten nur um eine Sache des Kolonen, da ihnen von Anfang an die Beſtimmung anhafte, in's Eigenthum des Kolonen überzugehen.

17) Vgl. Theilpacht S. 76 ff., wo gefragt wird, in welchem Umfang denn die actio locati gewährt werden ſolle? Es würde, heißt

daß die unterschiedslose Präsumtion für Sozietät bei Waaser die oberste Voraussetzung einer solchen, den animus societatis contrahendae der Parteien (die Niemand noch geleugnet hat), in grober Weise unterschätzt[18]). Dann aber ist es auch nicht wahr, daß die wirthschaftlichen Bedürfnisse, aus welchen die Ueberlassung fruchttragender Sachen zur Benutzung gegen Fruchtquoten hervorging, in allen Fällen die gleichen seien, so daß sich ein vernünftiger Grund für eine unterschiedliche Behandlung derselben nicht auffinden lasse. Wir haben oben gesehen, daß die Sozietät eine gewisse Ranggleichheit der Kontrahenten in wirthschaftlicher und sozialer Beziehung voraussetzt, ohne welche der animus societatis contrahendae überhaupt nicht gedacht werden kann. Ist nun nicht offenbar, daß dieser wirthschaftliche Gesichtspunkt eine Differenzirung der vorkommenden Fälle ebenso ergibt, wie er Rückschlüsse auf die maßgebende Parteiabsicht zuläßt, von welcher die Begründung eines Gesellschaftsvertrags nach dem Obigen abhängt? Es macht doch wahrlich einen großen Unterschied aus, ob zwei Personen gleichen Standes sich zur wirthschaftlichen Exploitirung eines Grundstückes verbinden, oder ob Einer der oberen Zehntausend einfach seine Latifundien von Partiarkolonen bebauen und bestellen läßt. Und eine Abgrenzung dieser verschiedenen Verhältnisse im Einzelfall dürfte wohl auch nicht allzu schwer sein[19]). Jedenfalls aber ist es nicht blos eine willkürliche Anheimstellung in das Belieben der Parteien, welchem Rechtsinstitut sie ihr Vertragsverhältniß unterstellen wollen, sondern die Subsumtion er-

---

es dort, wohl keinen anderen Ausweg gegeben haben, als im einzelnen Fall den Kontrahenten anheimzustellen, ob sie das partiarische Rechtsgeschäft als locatio oder societas schließen wollten. S. dazu das Folgende.

18) S. auch Zobkow S. 64.

19) S. darüber unten § 8.

gibt sich ganz natürlich aus der Eigenartigkeit der wirthschaftlichen Sachlage[20]).

Hiernach dürfte also an der Möglichkeit der Theilpacht als locatio-conductio rei nach römischem Recht kein weiterer Zweifel bestehen. Noch weniger ist dies nach heutigem Recht der Fall. Die §§ 535, 581 BGB haben das Erforderniß der pecunia numerata als Entgelt für die Gebrauchsüberlassung *selbst als Regel* fallen gelassen: es ist jetzt nur noch allgemein vom „Mieth- und Pachtzins" die Rede, und wird es den Parteien freigestellt, denselben wie sie wollen, also auch in Naturalien zu bestimmen, insbesondere ihn aus dem Ertrag des Pachtgegenstandes selber zu entnehmen. Die in dieser Art als Pachtzins ausbedungenen Früchte können sowohl in einer bestimmten dem Eigenthümer der Pachtsache zu leistenden *Quantität*, als auch in einer *Quote* des Fruchtertrags bestehen: die locatio-conductio für eine pars quanta ist also von der für eine pars quota fructuum abgeschlossene nicht prinzipiell getrennt. Hiernach bedurfte es auch keiner besonderen Erwähnung der Theilpacht im Gesetze, wie Art. 577 des Dresdener Entwurfs sie noch enthielt. Es hätte sich dabei nur um eine gesetzliche Tautologie gehandelt. Der Pachtzins kann in

---

20) Auch ist es ganz verfehlt, wenn *Waaser* (S. 52 ff.) behauptet, daß bei der colonia partiaria eine *Gleichheit der Interessen beider Theile* bestehe, die beim gewöhnlichen Verhältniß fehle. Die Wahrheit ist, daß die Eigenthümlichkeit des Aequivalents hier eine größere Interessengemeinschaft der Kontrahenten erzeugt als bei der gewöhnlichen Pacht. Aber auch dort ist sie sicherlich vorhanden. Der Verpächter wie der Vermiether haben unzweifelhaft Interesse an der ordnungsmäßigen Behandlung der Sache durch den conductor, und daher ist die Person des letzteren nicht nur bei Theilpacht wesentlich. Wenn bei der letzteren auch noch die Höhe der Pachtsumme von der Güte des Kolonen abhängt, so ist das nur ein gradueller Unterschied. — Die *wirthschaftliche Billigkeit* der Theilpacht anderseits wird immer von den besonderen Abmachungen im Einzelfalle abhängen.

Früchten überhaupt und auch in einer Fruchtquote bestehen. Das Erforderniß der nöthigen Bestimmbarkeit des Leistungsgegenstandes im letzteren Falle macht keine Schwierigkeit. Denn nicht nur gilt betreffs der spes, auf die die Gegenleistung abgestellt ist und deren Realisirung das oben Bemerkte, sondern es kann die nachträgliche Bestimmung der Leistung überhaupt (also auch insoweit sie nicht wie hier blos von Verhältnissen der Zukunft abhängt) dem billigen Ermessen eines Kontrahenten überlassen werden (§§ 315 ff). Reine Willkür des Bestimmungsberechtigten (die den Kontrakt vernichten würde) kommt nicht in Frage, da selbstverständlich der Kolon zur ordnungsmäßigen Kultur verpflichtet ist. Umgekehrt ist die Festsetzung der Höhe der Gegenleistung, also der Fruchtquote, der freien Parteivereinbarung anheimgegeben, soweit der Vertrag nicht gegen die allgemeinen Wuchervorschriften verstößt. Vgl. § 138 Abs. 2 BGB. Davon endlich, daß der Eigenthümer des Pachtgegenstandes hier mit seinen eigenen Sachen bezahlt werde, kann schon deshalb nicht die Rede sein, weil der Pächter nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch Besitzer ist und folglich die Früchte jetzt schon mit der Trennung, nicht erst mit Perzeption derselben erwirbt (§ 956). Denn das kann füglich nicht bezweifelt werden, daß dem Kolonen hier — wie jene Vorschrift es voraussetzt — zum Behuf der Aneignung der Erzeugnisse der Besitz der Sache überlassen worden ist. Diese Regelung entspricht, wie wir schon oben sahen, allein den Grundsätzen einer rationellen Wirthschaft. Ueberdies ist der Verpächter nach § 581 aus dem Pachtkontrakt dem Pächter zu der Besitz- und Fruchtgewährung verpflichtet. Wir sehen also, wie auch hier das Bürgerliche Gesetzbuch allen Irrwegen zum Trotz zur einfachen und richtigen Auffassung der Dinge zurückgekehrt ist.

II. Beurtheilung des einzelnen Vertrages.

§ 8.

Bisher ist nur erwiesen, daß die Theilpacht als wahres Pachtverhältniß möglich ist, — nicht, welcher Art nun im konkreten Falle, wo einem Anderen ein einkommensfähiger Gegenstand gegen das bezeichnete Quotalversprechen zu Gebrauch und Fruchtgenuß 2c. überlassen wurde, das thatsächlich vorliegende Parteiverhältniß ist. Daß hier stets Theilpacht vorliege, ist zu verneinen, und haben wir uns oben gegen eine solche Unterstellung ausdrücklich verwahrt. Vielmehr ist mit der herrschenden Meinung anzuerkennen, daß unter Umständen ein und derselbe Vorgang geradesogut unter den Sozietätsbegriff, wie unter den der Theilpacht fallen kann. Aber die herrschende Ansicht ist auch darin einseitig, daß sie den Gegensatz ausschließlich auf Theilpacht oder Sozietät stellt. Wir werden mit der fortschreitenden Erkenntniß des partiarischen Verhältnisses zu weiteren Alternativen kommen, — nicht nur zu einer Gegenüberstellung der verschiedenen partiarischen Rechtsgeschäfte mit der Sozietät, der gegenüber sie sich alle erst ihre Existenzberechtigung erkämpfen müssen, sondern auch zu einer Abgrenzung untereinander, soweit sie Anerkennung gefunden haben. Hier ist die Absteckung der Grenze oft noch schwieriger als gegenüber der Gesellschaft. Insbesondere grenzt die Theilpacht, wie schon hier hervorgehoben werden mag, mindestens ebenso nahe an einen anderen partiarischen Kontrakt, von welchem wir noch weiter unten ausführlich handeln werden: an den Quotallohnvertrag[1]).

Entscheidend für die Klassifikation kann nur die Absicht der Parteien sein. Für die Grenzbestimmung gegenüber der societas nach dem Gesichtspunkt, ob der eine Kontrahent den andern als Genossen (socius)

1) S. unten den dritten Abschnitt.

annehmen, für die Abgrenzung gegenüber dem Quotallohnvertrage nach dem Umstand, *was als Gegenstand der lokativen Ueberlassung anzusehen ist*. Von den verschiedenen Möglichkeiten in letzterer Beziehung kann erst unten gehandelt werden. Daß für die Erkennbarkeit des animus societatis contrahendae keine genügenden Kriterien vorhanden seien, muß verneint werden: in Ermangelung besonderer Erklärung im Kontrakt werden die Umstände erkennen lassen, ob die Parteien als Genossen zusammenwirken wollten; wofür das wirthschaftliche Moment *der gestellten Aufgabe* sowie die allgemeine *soziale Stellung der Parteien* genügenden Anhalt gibt[2]). So standen ehemals in Rom die ländlichen Arbeiter (coloni rustici) dem Grundbesitzer in weitaus den meisten Fällen sicherlich zu fern, als daß er sich in eine societas mit ihnen eingelassen hätte[3]); so erklärt es sich, wenn *Plinius* in der berühmten Epistola (IX, 37), in der er sich zum „partibus locare" entschließt, dem Kolonen *von seinen Leuten* Jemand zur Bewachung beigeben will (ex meis aliquos exactores operi custodes fructibus ponam). Kaum läßt sich deutlicher bezeichnen, wie fremd er zum Kolonen steht, als durch diese Gegenüberstellung mit den „eigenen Leuten", und durch dies Zeichen des Mißtrauens, ja der Verachtung des Kolonen, die in der Befürchtung seiner Unredlichkeit liegt. Von anderer Art dagegen ist die Stellung des politor agri[4]). Er ist kein Kolon: er besorgt nicht schlechthin

2) Vgl. oben § 7 zu Note 17—20.

3) S. auch *Zobkow*, S. 44ff., *Pernice*, Amoenitates iuris i. d. Ztschr. der Savignystiftung VII, Rom. Abth. S. 102.

4) S. darüber am Ausgezeichnetsten *Pernice*, Parerga I i. d. Ztschr. der Savignystiftung III, Rom. Abth. S. 58ff. u. Amoenitates iuris, eod. VII, Rom. Abth. S. 99ff. Was *Waaser* (S. 59, 68ff., 71ff.) dagegen vorbringt, ist in keiner Hinsicht überzeugend. Vgl. über das polire agros, polire segetes als besondere Kunstfertigkeit bereits die von *Cujaz* zusammengetragenen Momente. Ad l. VIII in tit. III de pactis Bd. IX S. 60 d. Ausg. v. 1781.

das colere agrum, sondern er ist gleich dem mensor ein besonderer Sachverständiger für die Ackerbestellung, gewissermaßen ein Kulturtechniker, dessen Kunst darin besteht, die Ertragsfähigkeit des Grund und Bodens zu steigern. Darum heißt es von ihm: agrum politori damus quaerendis fructibus[5]). Diese Sachkunde hebt den politor über den Kolonen weit empor; auch ist die ihm gestellte Aufgabe eine wesentlich andere, als die des Pächters. Er soll eine bestimmte — von Sachkunde getragene — Arbeit an dem Grundstück vornehmen; weshalb er denn von Cato[6]) gelegentlich mit anderen Arbeitern (mercennarii und operarii) zusammengestellt wird. Auch wird es wohl politores von verschiedenem Grad der Vorkenntnisse gegeben haben, ebenso wie heute studirte Agrikulturchemiker existiren und solche, die das Verfahren Anderer ohne eigenes Urtheil nachahmen[7]). Die Arbeit des politor besteht in der Melioration des Grundstücks. Es kommt bei dieser Arbeit also nicht sowohl auf die Dienstleistung selbst, wie auf das Resultat der Arbeit an. Erhält der politor einen festen Entgelt, so fällt der Vertrag hiernach unter den Begriff der locatio-conductio operis; meist aber erhielt er wohl einen Antheil an den in Folge der Melioration gewonnenen Früchten[8]): das beste Mittel, seinen Eifer anzuspornen. Da das römische

5) L. 52 § 2 Dig. pro soc. (17, 2).

6) Cato de R. R. 5, 4.

7) Aus diesem Unterschied erklärt sich vielleicht die in der vorzitirten Stelle enthaltene eigenthümliche Aeußerung über die unter Umständen stattfindende Entlassung des politor gleich jenen anderen Lohnarbeitern, sofern sich aus dieser offenbar verderbten Stelle überhaupt etwas Sicheres entnehmen läßt.

8) Nach Cato, de R. R. 136 das 5.—8. Korn. Mit Recht weist Pernice darauf hin, daß dies für einen Pächter zum Leben nicht genügt, für einen bloßen Erntearbeiter als Lohn zu viel wäre; während es für einen Meliorationssachverständigen, je nach der Schwierigkeit der ihm gestellten konkreten Aufgabe entsprechend abgestuft, gerade passend erscheint.

Recht der richtigen Ansicht nach wohl eine Werkverdingung gegen einen derartigen Antheil als Lohn nicht kannte[9]), so ward aus diesem Vertrage regelmäßig eine societas, wie in l. 52 § 2 Dig. pro socio (17, 2) bezeugt wird. Das erklärt sich auch daraus, daß des Politor's Sachkunde denselben meist wohl sozial dem Grundherrn gleichstellte. Nach der zitirten Stelle bringt er artem operamve in das Geschäft ein[10]), der Grundherr das Vermögensobjekt, an dem die Kunstfertigkeit zu bethätigen ist, — ein, wie wir oben sahen, als vollgültig anerkanntes Gesellschaftseinbringen.

Ein derartiges, aus dem Gebiet der Theilpacht ausscheidendes Verhältniß aber liegt nicht vor, wenn die gewöhnliche Bebauung eines Grundstückes in Frage steht; mag auch die Inangriffnahme ein gewisses Risiko des Kolonen in sich schließen, weshalb der Herr in solchen Fällen öfters geneigt sein wird, den Eifer des Kolonen durch Gewährung eines Antheils am Erträgnisse des Ackers oder Weinbergs anzuspornen. Die Arbeit des Kolonen bleibt niedere Arbeit. Je gedrückter seine Stellung ist, für welche wir genügend Zeugnisse besitzen[11]), um so weniger kann der Gedanke einer Verbrüderung mit dem Grundherrn durch societas hier aufkommen. Die Ermittelung der Parteiabsicht ist hier nicht schwieriger, als in anderen Fällen, in welchen auch nicht selten aus den äußeren Umständen (der Lebensstellung der Parteien, Gewohnheit, Sitte) zu schließen ist, was die Kontrahenten im konkreten Falle eigentlich gewollt haben.

9) S. den Eingang des dritten Abschnitts.

10) Selbst mit Hirten von besonderem Rufe kommt es vor, daß in dieser Weise eine Societät eingegangen ward. Vgl. die Nachweise bei Pernice, Parerga I a. a. O. S. 59, Text u. Anm. 4, sowie l. 52 § 2 cit.: veluti cum pecus in commune pascendum . . . damus.

11) Vgl. Zobkow a. a. O. S. 44ff.

III. Wirthschaftliche Bedeutung der Theilpacht.

§ 9.

Gegen die Theilpacht herrscht bei uns zur Zeit in weiteren Kreisen ein Vorurtheil, welches beweist, wie wenig unsere Agrarpolitiker noch stellenweise richtig zu rechnen verstehen. Alles will Geld verdienen; durch Naturalienbezug wird man gewissermaßen degradirt! Wie einsichtslos man dabei ist, sollte das Beispiel Frankreichs lehren, welches sich gerade in jüngster Zeit auf die wirthschaftliche Bedeutung der Theilpacht besonnen und letztere in einem eigenen Gesetze (vom 18. Juli 1889) ausführlich geregelt hat[1]). Freilich mag zugegeben werden, daß sich die Theilpacht bei normalen Verhältnissen nicht gleichmäßig für alle Kulturarten eignet. Nichts liegt mir ferner, als durch mechanische Generalisirung eine an sich nützliche Einrichtung zu diskreditiren. Ich vermeide daher auch an dieser Stelle ein tieferes Eingehen auf das nationalökonomische Gebiet und will nur hervorheben, daß erfahrungsgemäß z. B. für den Weinbau die Theilpacht auch bei uns sehr gute Resultate geliefert hat[2]). Es mag wohl richtig sein, daß der

---

1) Man vergleiche die begeisterten Schilderungen eines Baudrillart i. d. Revue des Deux Mondes v. 1. Oktober 1885 über Le Métayage en France, wo es u. A. heißt: Nous souhaitons de voir revivre cet homme idéal de la vie rurale, qu'envient tous les peuples sains et forts, avec ses travaux et ses plaisirs. Nous voudrions que tant de nos concitoyens, qui abusent de l'activité ou du repos dans des conditions souvent si fâcheuses, retrouvassent, avec des goûts sérieux un peu de joie tranquille à l'ombre de leur vigne ou de leur olivier! Nous devons certes désirer avant tout la grandeur de la patrie commune, mais le bonheur de ses habitants n'est pas à dédaigner, et, sans traiter le métayage comme une idylle, nous croyons sincèrement qu'il peut être une sorte de refuge pour bien des existences fatiguées, offrir une sorte de dérivatif à plus d'une vie destinée peut-être à se consumer dans de vaines agitations.

2) So erinnere ich mich noch selbst sehr gut, gehört zu haben,

Theilbau auf intensivere Wirthschaftsoperationen dadurch lähmend einwirkt, daß der Kolon für die dazu erforderlichen erhöhten Anstrengungen und Aufopferungen nicht genügend entschädigt wird — obschon auch diesem Einwand wenigstens zum großen Theil durch eine zweckmäßige Festsetzung der Quote (das Verhältniß der Fruchttheilung) begegnet werden könnte. Da aber, wo es, wie beim Weinbau, für Erzielung guter Erfolge vorzugsweise auf die Intelligenz des Pächters und eine liebevolle Behandlung der Sache, eine sorgsame Pflege, ankommt, empfiehlt sich, wenn man überhaupt verpachten muß, diese Art der Pacht vor allen mit am meisten. Wer je in Weingegenden gelebt hat, wird wissen, daß der Weinbau, wenn man ihn nicht selbst betreibt, am wenigsten lohnend ist, weshalb denn auch die Winzer meistens kleine Leute sind. Stirbt dann der Vater mit Hinterlassung unmündiger Kinder, so machen die Weinberge der Vormundschaft die meisten Sorgen. Während der Bauer in seinen freien Stunden mit Hacke und Schaufel selbst zur Arbeit geht, wird die Entlohnung fremder Arbeitskräfte kaum durch den Erlös der Ernte aufgebracht. In Ermangelung des Selbstbetriebes ist sonach die Zuziehung eines am Ertrag unmittelbar interessirten Partners die beste Pachtform, die es gibt; um so mehr als hier die sonstige regelmäßige Voraussetzung eines ausgedehnteren landwirthschaftlichen Betriebs — ein großes lebendes und todtes Inventar —, über welches der dominus die Aufsicht zu führen hat, gänzlich fortfällt und die Aufsicht sich in Folge dessen auf die Zeit der Ernte selbst beschränken kann, und selbst hier, der ohnehin bereits geübten polizeilichen Kontrole halber, wenig besagen will. Einleuchtend ist auch ohne Weiteres, daß die Naturalienpacht hier nicht in einem festen Satz (einer pars quanta fructuum)

daß mein Großvater zahlreiche Weinberge auf diese Art in Pacht gegeben hatte, deren Ertrag sich vor den übrigen auszeichnete.

beſtehen kann; denn nirgendwo ſchwankt ſo wie hier in einem Jahre der Ertrag der Ernte, — iſt den Einflüſſen des Zufalls neben und trotz allen Eifers des Kolonen preisgegeben.

Auf der anderen Seite iſt die Theilpacht das regelmäßige Auskunftsmittel ſchlechter Zeiten, und als ſolches ſicher nicht gering zu achten, wenn auch naturgemäß Niemand die ſchlechte Zeit herbeiſehnt, um von dieſem alsdann präſenten Hülfsmittel Gebrauch zu machen. Die Gelegenheit dazu kann über Nacht kommen. Es braucht nicht großer Kriege, um die Landwirthſchaft derartig niederzuwerfen, daß Niemand mehr zu finden iſt, der Pachtgelder erſchwingen kann: landwirthſchaftliche Kriſen können heutzutage dieſelbe Folge nach ſich ziehen. So hat die große Kriſe von 1887 in Frankreich zu dem ſchon erwähnten Geſetz vom 18. Juli 1889 geführt, welches die Theilpacht reorganiſirte, deren gänzliches Abſterben in Frankreich kurzſichtige Propheten geraume Zeit vorher bereits vorausgeſagt hatten. Derartige Kriſen können bei uns auch alle Tage vorkommen. Es erſcheint daher nicht überflüſſig, auf franzöſiſche Zeugniſſe hinzuweiſen, welche theils die guten Erfahrungen hervorheben, die man in der Kriſe mit der Theilpacht in Gegenden, wo ſie thatſächlich noch beſtand, gemacht hat[3]), zum Theil (geſtützt auf dieſe und noch andere Momente) die dann auch erfolgte geſetzliche Reorganiſation des

3) So z. B. des Präſidenten der société d'agriculture im Département de l'Allier: M. Le Garidel in ſeinem Aufſatze „Le métayage en Bourbonnais“ (i. d. Réforme sociale v. 1884 n. 5): Nous en avons tous les jours l'exemple sous les yeux dans notre département . . . où malgré l'état de crise agricole, qui règne actuellement partout, mais avec une intensité particulière dans les pays à culture directe, la valeur de la terre et son revenu se soutiennent, alors qu'ailleurs ils diminuent. S. auch den Beſchluß der Société nationale d'encouragement de l'agriculture i. d. Réforme sociale v. 1886 n. 7 u. Baudrillart i. d. Revue des Deux Mondes v. 1. Okt. 1885.

Verhältnisses empfehlen[4]). So kehrt im modernen Leben wieder, was schon Plinius empfand, der nach den großen Kriegen und der heillosen Agrarwirthschaft am Ende der Republik trotz aller Zinsermäßigungen keine kapitalkräftigen Pächter mehr finden konnte und daher zum Theilbau greift, um die Aecker nicht einfach brach liegen zu lassen. Freilich läßt in Italien alsdann das Aufkommen der Erbpacht die Theilpacht verschwinden, und so kommt es, daß wir der letzteren daselbst erst wieder spät (im 13. Jahrhundert) begegnen, wo sie sich dann in Nord- und Mittelitalien zum dominirenden Kontrakt erhebt[5]). Dagegen scheint im oströmischen Reich die Theilpacht auch in der Zwischenzeit eine große Rolle gespielt zu haben, wie der unter den isaurischen Kaisern erlassene νόμος γεωργικὸς beweist, in welchem das Verhältniß ausführlich geregelt ist[6]). Wir dürfen wohl auch hier annehmen, daß die Regelung zum großen Theil mit dem durch die zahlreichen Einfälle slavischer und asiatischer

4) So sagt der Berichterstatter des Gesetzes v. 18. Juli 1889 im Senate M. Clément (Rapport au Sénat, Annexe au procès-verbal de la séance de 7. mai 1889 S. 3 ff.): Les circonstances actuelles ont fait ressortir quelques-uns des avantages propres au colonage partiaire. Les campagnes, dans beaucoup de contrées manquent de bras: la main-d'oeuvre agricole y est devenue non seulement coûteuse, mais trop rare pour être toujours assurée à tous les besoins. Les propriétaires ont dû par suite abandonner les exploitations directes qu'ils faisaient valoir pour les convertir en cultures à moitié fruit. Le travail est accompli non seulement par le cultivateur, mais par sa famille toute entière avec le zèle que lui donne la participation assurée à tous les bénéfices qu'il produit. Aussi parmi les hommes, qui consacrent leurs études à l'économie rurale, l'opinion est devenue plus juste et plus favorable aujourd'hui au colonage partiaire.

5) Vgl. Dietzel, Ueber Wesen und Bedeutung des Theilbaus in Italien, i. d. Ztschr. f. d. ges. Staatswissenschaft Bd. 40 (1884) S. 611 ff.

6) Das Nähere darüber s. bei Zachariä v. Lingenthal, Aus und zu den Quellen des röm. Rechts, i. d. Ztschr. der Savignystiftung XII Roman. Abth. S. 80 ff.

Völkerschaften verursachten Darniederliegen der Landwirthschaft und dem Mangel eines kapitalkräftigen Pächterstandes zusammenhängt. Auch heutzutage drängt, von Krieg und Mißwachs abgesehen, die allgemeine soziale Lage und das wie in der römischen Kaiserzeit beklagte Schwinden eines kräftigen Mittelstandes derartige Gefahren wieder in den Vordergrund. Wenn der Pachtzins dauernd im Sinken bleibt, so muß das „partibus locare“ entsprechend wieder aufkommen.

Endlich aber — und das ist das wichtigste Moment zur Werthschätzung der Theilpacht und anderer verwandter agrikoler Verhältnisse, von denen weiter noch die Rede sein wird — enthält diese Gewährung eines Antheils am Ertrag des Grundstücks für den Landbebauer im Systeme der Agrarreform geradezu eine Lösung des sozialen Problems, ein richtiges Verhältniß zwischen Kapital und Arbeitseinkommen herzustellen. Letzteres wird nicht erreicht, wenn der Arbeiter einen oft nur kärglichen Lohn erhält oder für einen immerhin unsicheren Fruchtertrag ein Fixum zahlen und für dieses Geldmittel flüssig machen oder bereit halten muß, die er bei Mißwachs oft nicht auftreiben kann. Das gilt vornehmlich auch, wo, wie im Bürgerlichen Gesetzbuch, beim Pachtzins das beneficium remissionis aufgehoben ist. Hier ist vom wirthschaftlichen Standpunkt doppelt Anlaß, einer verhältnißmäßigen Vertheilung der Unglücksfälle auf die Schultern beider Kontrahenten den Weg zu ebnen, wodurch dann umgekehrt dem Pächter auch ein Antheil an dem durch seine Intelligenz und Mühe erzielten höheren Gewinn gesichert wird. In diesem Sinne sagt schon Plinius: et alioquin nullum justius genus reditus quam quod terra, coelum, annus refert. Ganz besonders trifft dieser wirthschaftliche Vorzug bei den partiarischen Lohnverträgen zu, bei welchen auch auf dem Gebiet der Landwirthschaft der Vortheil der Interessengemein-

schaft von Herrn und Arbeiter nicht durch die bei der Theilpacht unter Umständen vorhandene Gefahr der Bodenverschlechterung aufgewogen wird. Indeß auch bei der eigentlichen Landpacht empfiehlt sich dasselbe Verhältniß überall, wo die Gefahr der Bodendeterioration nicht ernstlich überwiegt, aus den erwähnten sozialpolitischen Gesichtspunkten durchaus. Die Gemeinschaft der Interessen veranlaßt den Grundherrn, sich des Pächters anzunehmen, ihn zu fördern und vor unangemessener Belastung zu bewahren. So entsteht von selbst ein gewisses patriarchalisches Verhältniß zwischen dem Herrn und dem Kolonen; letzterer wird in jeder Hinsicht wirthschaftlich gehoben und meistens seßhaft auf dem Grundstück. Denn daß ein Theilpächter, der sich bewährt hat, verabschiedet würde, gehört zu den größten Seltenheiten. Vielmehr setzt sich regelmäßig das Verhältniß aus freien Stücken mit den Erben fort, die bisheran schon regelmäßig zur Hebung des Ertrags bei der Bebauung des Grundstücks mitgeholfen hatten. Je mehr die sonstigen patriarchalischen Verhältnisse der guten alten Zeit in's Absterben gerathen, insbesondere Erbpacht, Emphyteuse u. dgl. zurückgegangen und als reichsrechtliche Institute dem Untergang geweiht sind, um so mehr sollte man ein anderes Verhältniß pflegen, das sich mit den modernen Rechtsanschauungen von der individuellen Freiheit und Selbständigkeit des Einzelnen verträgt und dennoch auf der anderen Seite Gewähr für die in heutiger Zeit so oft vermißte Stabilität der landwirthschaftlichen Verhältnisse[7]) in sich trägt. In diesem Sinne ordnet sich die Theilpacht dem System der im Interesse der Sozialreform

7) So klagt schon Columella, de R. R. I, 7: rem malam esse frequentem locationem fundi; . . . propter quod operam dandam esse, ut . . . eosdem assiduos colonos retineamus. Dem Zweck der Stabilität dient insbesondere auch das Institut des Gesellschaftsvertrags in keiner Weise, — trotz des berühmten § 719 BGB oder der Möglichkeit des Fortbestehens der Gesellschaft mit den Erben

gebotenen Maßnahmen zur Verbesserung des Loses der arbeitenden Klassen und zur Versöhnung der sozialen Gegensätze organisch ein[8]).

---

eines socius (§ 736 BGB). Denn nichts ist leichter kündbar als Gesellschaft. Vgl. § 723 BGB und Zobkow S. 52ff.

8) Vgl. darüber auch Albert le Play in der Réforme sociale v. 1886 No. 8: Le métayer a la dignité et l'indépendance, puisqu'il est libre de regler son temps et d'agir à sa guise . . . Il a la sécurité, car il est sans exemple qu'un colon laborieux et honnête soit expulsé, et, si une catastrophe le frappe, le maitre est toujours là pour le soutenir et lui venir en aide. Le colon peut élever une famille dans les meilleures conditions de santé et de moralité; il a ce grand avantage, dans les soins à donner au bétail et dans les menus travaux de la culture, de pouvoir trouver pour chacun de ses enfants une occupation toujours attrayante, utile à la famille et propre à développer de bonne heure dans la jeune génération le goût du travail. Und in Ansehung des Grundherrn heißt es weiter: Le métayage, si favorable à l'ouvrier des champs, ne l'est pas moins au propriétaire. Ce dernier y trouve de grandes facilités pour l'amélioration de sa propriété . . . Au point de vue social, la nécessité de la résidence du propriétaire domine tous les autres mérites. Avec le métayage l'absentéisme ne peut être que l'exception: aussi tous les avantages de la vie rurale accompagnent-ils cet heureux régime . . . Le maitre et le colon, obligés à de fréquents rapports, aprennent à se connaître et à s'estimer. Les efforts communs dans le travail et l'assistance dans la nécessité de la vie amèneront naturrellement le respect et l'affection. Enfin c'est, comme on ne peut trop le répéter, le plus parfait exemple de l'association du capital et du travail. Der letztere Gesichtspunkt ward auch in den Verhandlungen über das Gesetz v. 18. Juli 1889 vom Berichterstatter Clément an der in Note 4 erwähnten Stelle besonders hervorgehoben. Letzterer bemerkt hierüber: Le contrat établit entre la famille du bailleur et du preneur des liens qui deviennent plus étroits avec le temps, et qui profitent à la concorde et à l'harmonie sociale. On a remarqué que dans les pays à métayage les propriétaires du sol avaient moins à redouter les excitations de l'envie. C'est ainsi qu'en Vendée au moment de la Révolution la noblesse n'a trouvé dans les populations rurales aucun sentiment d'hostilité. Les domaines y étaient très divisés et tous exploités par des métayers. Le propriétaire les traitait paternellement, les visitait souvent dans leurs métairies, causait avec eux de leur position, du soin de leur

IV. Einzelnes.

1. Quotal- und andere Leistungen.

§ 10.

Diese Bedeutung unseres Kontrakts vorausgeschickt, so gestaltet sich nun das Verhältniß der Parteien des Näheren in folgender Weise:

Die Theilpacht ist wahre Pacht und als solche den allgemeinen Regeln des Pachtvertrages unterworfen[1]), die ihrerseits in der Mehrheit der Beziehungen mit denen der Miethe übereinstimmen (vgl. § 581 BGB). Besonderheiten ergeben sich einmal insofern, als die Pacht nicht wie die Miethe blos auf Gebrauchsüberlassung, sondern überdies auf die Gestattung des Fruchtgenusses von dem Pachtobjekt gerichtet ist, soweit die Früchte nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft als Ertrag des Pachtobjektes anzusehen sind. Hier soll der Pachtzins überdies in einer Quote der genannten, vom Pächter zu gewinnenden Früchte bestehen. Uebrigens, wie schon hervorgehoben, nicht nothwendig ausschließlich in dieser Quote (vgl. oben § 3 i. f.); es ist vielmehr vollkommen zulässig, nebenher auch eine Geldleistung als Aequivalent zu bedingen, so daß der Pachtzins dann aus einer zusammengesetzten Lei-

---

bétail, prenait part à des accidents et à des malheurs qui lui portaient aussi préjudice; il allait aux noces de leurs enfants et buvait avec les convives. Le dimanche on dansait dans la cour du château et les dames se mettaient de la partie. S. übrigens noch unten § 21 Anm. 14.

1) Gewisse Besonderheiten des römischen Sozietätsrechts (beneficium competentiae, sowie die Unzulässigkeit infamirender Klagen zwischen den Betheiligten) sind heutzutage überhaupt gefallen, kommen also schon deshalb nicht mehr in Betracht. Dagegen haften die Parteien einander nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, also regelmäßig für culpa levis — nicht wie Gesellschafter nach § 708 BGB nur für culpa in concreto. S. auch Zobkow S. 57 ff.

stung besteht. Ein solches Aufgeld dient nicht selten als Ausgleich für gewisse mit der Bebauung des Pachtgrundstücks verbundene Vortheile des Kolonen, z. B. dafür, daß er in den Gebäulichkeiten, die zum Gut gehören (dem Hofe), Wohnung nehmen darf. Man darf sich überhaupt nicht vorstellen, wie meist geschieht, daß der Kolon für seine Arbeit immer nur mittelmäßige Entlohnung finde, so daß für Geldzins nebenher kein Raum sei. Es hängt vielmehr sein Vortheil oder Nachtheil wesentlich von der Qualität des Bodens und der Art der Bewirthschaftung ab, sodaß die Verhältnisse unter Umständen derart liegen können, daß er neben der Abgabe einer Fruchtquote noch Geld zuzahlen muß. Auch kann mit Rücksicht auf die ausgemachte Höhe der Quote nebenher noch eine feste Geldsumme zu zahlen sein; z. B. der Kolon erhält $^2/_3$ oder noch einen größeren Antheil von der Ernte, gibt also dem Eigenthümer nur den Rest und daneben noch eine bestimmte Summe Geldes als Pachtzins.

Ja es ist sogar nicht ausgeschlossen, daß der Pächter neben der Quote **bestimmte Dienste** als Pachtzins leisten soll. Der Begriff des „Pachtzinses", wie er in § 581 BGB normirt ist, schließt derartige operarum praebitiones als Entgelt keineswegs aus. Und daß sie neben der Quotalleistung von Früchten als Entgelt denkbar sind, ist zweifellos. Ja, es würde nichts entgegenstehen, Quotalfruchtleistungen, Dienste und Geldzahlung als Pachtentgelt zu kombiniren, wenngleich es selten vorkommen wird, daß Jemand Geld- und Dienstleistungen zusammen übernimmt. Ein Beispiel wäre, daß der Verpächter sich neben gewissen ihm vom Pächter zu gewährenden Einkünften in dessen Hausgenossenschaft verpflegen läßt. Dagegen ist die Kombination von Quotalfruchtleistungen (partes agrariae) und operarum praebitiones uralt. Wir finden sie schon in Rom bei der Verpachtung der kaiserlichen Domänen in dem Dekret

des Commodus für den saltus Burunitanus[2]). Hier handelt es sich um eine Beschwerde der kaiserlichen Pächter (coloni) an den Kaiser als ihren obersten und eigentlichen Grundherrn, daß die kaiserliche Domänenverwaltung sie zu mehr Frohnden heranziehe, als sie zu leisten verpflichtet seien, woran sich dann die kaiserliche Antwort (subscriptio) nebst dem Begleitschreiben anschließt. Das Ganze ist in Stein gehauen und vermuthlich auf dem saltus aufgestellt worden. In der Eingabe wird das Ersuchen gestellt:

> ademptum sit ius etiam proc(uratoribus) nedum conductori (also den Zwischenmännern), adversus colonos ampliandi partes agrarias aut operar(um) praebitionem iugorumve,

und insbesondere werden von den operae drei Arten erwähnt: aratoriae, sartoriae und messoriae. Alle diese Leistungen zusammen werden als „merces" aufgefaßt, und es geht aus dem weiteren Inhalt der Urkunde hervor, daß das Maß dieser verschiedenen Einzelleistungen, insbesondere der Handdienste (operarum praebitiones in ihren diversen Formen als Pflüge-, Gäte- und Erntetage) und Spanndienste (iugorumve) auf der Herrschaft selbst in Kupfer eingegraben als dauernde Satzung (forma perpetua) aufgestellt war[3]). Sie konkurrirten mit den partes agrariae (der Quote von den Naturalien), einem Zehnten, oder wie immer die Quote sonst bestimmt sein mochte. Daß es sich hier um freie Bauern handelte, kann nach Ort und Zeit der Urkunde sowie verschiedenen anderen Anzeichen[4]) nicht be-

2) Corp. inscr. lat. VIII 2 n. 10570 S. 393 ff. Mommsen, Das Dekret des Commodus für den saltus Burunitanus in Hermes, Ztschr. f. klass. Philologie Bd. 15 S. 385 ff. u. S. 478 ff.

3) „Utpote cum in aere incis(o) et ab omnib(us) omnino undique versum vicinis nost(ris) . . . perpetua in hodiernum forma pra(e)st(it)utum etc. Vgl. auch Mommsen a. a. O. S. 479.

4) Vgl. Mommsen a. a. O. S. 391, 392 ff., 408.

zweifelt werden; ebenso wie daß es sich dabei um wahre Pacht, und zwar des Grundstücks handelt, auf welchem die Kolonen saßen. Nur ist das Grundstück eine kaiserliche Domäne, für welche Manches zulässig war, was sonst wohl auf privatrechtliche Schwierigkeiten gestoßen wäre. Hier lag nach römischem Recht das Hinderniß in dem Begriff der merces, die bei locatio-conductio, wie wir schon oben sahen, gewöhnlich nur in Form der pecunia numerata vorkam und ausnahmsweise höchstens im Einkommen aus einer fruchttragenden Sache, nicht aber in Dienstleistungen bestehen konnte. Es ist uns denn auch wenigstens kein Zeugniß über das Vorkommen eines ähnlichen Verhältnisses unter Privaten überliefert. Der Grund dieser Sprödigkeit des römischen Rechtes ist wohl darin zu suchen, daß der dem Kaufe nachgebildete Mieth- oder Pachtvertrag als solcher ohne Weiteres erkennen lassen mußte, wer locator und conductor sei, was dann nicht möglich war, wenn die Kontrahenten sich wechselseitig jeder eine Sache zu Gebrauch und Nutzung übergaben oder für die Gebrauchsüberlassung einer Sache sonstige Dienste, die man zu miethen pflegte, leisteten. Hier stieß sich offenbar der römische Kontraktsformalismus daran, daß man nun auf den ersten Blick nicht wisse, was Gegenstand der Miethe und was merces sei, und verneinte die locatio-conductio, wie man den Kauf verneinte, wenn statt Waare gegen Geld zwei Sachen gegeneinander gegeben wurden. Wie deshalb der Tausch Innominatkontrakt blieb und darum im römischen Rechte unvollkommen und verhältnißmäßig wenig geschützt war, so blieben jene Gebrauchs- und Dienstaustauschungen vom Miethbegriffe ausgeschlossen und gleichfalls in dem Schema der Innominatkontrakte stecken. Die vorgeschilderte Unklarheit über das Objekt der Miethe traf nun erklärlicher Weise bei der kaiserlichen Domänenpacht nicht zu. Da stand es ohne Weiteres fest, daß Pachtobjekt nur die Domäne, Alles

Uebrige nur merces war. Da ferner hier das ganze Verhältniß in's öffentliche Recht hinüberspielte, wo Dienstleistungen und Frohnden an der Tagesordnung waren, erklärt sich, daß dieselben auch hier als merces zugelassen wurden und somit thatsächlich eine locatio-conductio gegen Frohndienste zu Stande kam. Hiernach stimme ich nicht mit Ferrini[5]) überein, welcher das Vorkommen eines Pachtvertrages gegen operarum praebitiones im römischen Recht auch in privatrechtlichen Verhältnissen ohne Weiteres als möglich ansieht; wohl aber erblicke ich darin eine entschiedene Unvollkommenheit des römischen Rechts, die mit dem Rigorismus seines Kontraktssystems zusammenhängt und bei uns schon lange hätte überwunden werden müssen. Denn was bedeutet es z. B. für die Praxis, wenn wir bei Dernburg lesen[6]): „Ueberlassung einer Nutzung gegen andere Aequivalente, z. B. Dienste, ist nicht Miethe, aber ihr im Wesentlichen analog"? Warum da nicht einfach sagen, wie beim Tausch: die Eigenthümlichkeiten der römischen Innominatkontrakte sind mit der allgemeinen Klagbarkeit der Verträge hinweggefallen. In Folge dessen kann jetzt jeder Kontrahent unmittelbar aus dem Vertrage auf Erfüllung klagen, die Verpflichtungen eines jeden Kontrahenten sind aber hier nach denen des Eigenthümers, Arbeiters bezw. Unternehmers bei der Sach- und Dienstmiethe zu bestimmen. Es finden also auf den Austausch dieser Leistungen die entsprechenden Grundsätze des Miethsrechts Anwendung[7]). Jedenfalls geht unser heutiges Reichsrecht soweit und hat damit auch hier die immer noch hinzögernde Entwickelung abgeschlossen. Der Mieth- und Pachtzins kann nach §§ 535, 581 BGB sowohl in Geld als auch in anderen Sachen und

5) Im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 81 S. 16 in der Note.

6) Pandekten II § 111 zu Note 5.

7) Wie bei dem Tausch auch beide Kontrahenten die Rechte und Pflichten von Verkäufern haben. Dernburg, Pand. II § 103.

Dienstleistungen bestehen; es ist in keiner Weise eine Schranke gesetzt, und wird die Auslegung des Vertrags im Einzelfalle festzustellen haben, was das vermiethete Objekt, was Mieth- und Pachtzins ist. Ja es wird häufig eine doppelte Betrachtung des Verhältnisses möglich sein, nicht nur die bisher nächstliegende der Sachenpacht mit einem Pachtzins, der sich aus Fruchtquoten und Dienstleistungen zusammensetzt, sondern eines Vertrages über jene Dienstleistungen, indem die letzteren als Hauptgegenstand, also als Waare, angesehen werden: — als Arbeitsleistungen, die an der übergebenen Sache vorzunehmen, regelmäßig auf Gewinnung eines Ertrags aus der Sache gerichtet und mit einer Quote dieses Ertrages zu vergüten sind. Sobald wir das Verhältniß so auffassen, haben wir das Gebiet der partiarischen locatio-conductio rei schon verlassen und bewegen uns, wie bei der römischen politio[8]), auf ganz verschiedenem Boden, — haben aber nicht mehr nöthig, zur Unterbringung dieser Rechtsfigur bei Sozietät und Innominatkontrakten verlegene Umschau abzuhalten. Vielmehr hat nur das Miethobjekt, die Waare, gewechselt. Bei der Sachenpacht bestand sie in Gebrauch und Fruchtgenuß gegen Entgelt in Früchten und eventuell in Diensten; hier sind die Dienste selbst die Waare und werden mit einer Quote des Arbeitsertrags entlohnt[9]). Darum schlage ich für dieses Verhältniß den Ausdruck: Quotallohnvertrag als allgemeinen vor, — einen Vertrag, der sich dann weiter, je nach der Art, in der die Arbeit in Betracht kommt, nach Anleitung der §§ 611, 631 BGB in einen Quotaldienstvertrag und einen Quotalwerkvertrag zerlegt. Von diesen Verträgen werden wir im Fortgang unserer Untersuchung noch näher zu reden haben. Was hier interessirt, ist ihre Abgrenzung von der Theil-

8) Oder bei den pascenda pecora partiaria. Vgl. auch l. 9 Cod. de pactis (2, 3) und oben § 8 zu Note 4 ff.

9) S. auch Entscheid. des Reichsgerichts Bd. 33 n. 27 S. 130.

pacht, die unter Umständen nicht geringere Schwierigkeiten verursacht, als deren oben schon erwähnte begriffliche Absonderung von der Sozietät. Das Kriterium kann nur darin gefunden werden, daß bei der Theilpacht wesentlich dem Arbeiter auch der Gebrauch des Gegenstandes, an dem die Arbeit zu vollziehen ist, zu eigenem Interesse überlassen wird, und daß für Fruchtziehung und Gebrauch die Vorschriften maßgebend sind, nach denen ein Miether oder Pächter überhaupt zu nutzen und zu gebrauchen hat (vgl. §§ 548, 550, 581, 583 BGB). Demjenigen, der eine Sache nur zu bearbeiten bezw. ein bestimmtes Resultat daran oder damit herzustellen hat, steht ein solches Gebrauchs- oder Nutzungsrecht nicht zu; weshalb denn hier auch nicht er selbst, sondern der Eigenthümer als Disponent erscheint — so auch betreffs der Ernte. Wir sahen oben, daß bei der Theilpacht der Pächter erntet und jeden Eingriff des dominus in diese Arbeit, der mehr als eine bloße Kontrole wäre, zurückweisen kann[10]), während umgekehrt beim Quotallohnvertrag der Herr es ist, welcher die Früchte zieht und durch die von ihm angenommenen Arbeiter erntet, welche ihrerseits eine natürliche Kontrole des Ertrags und damit ihres Lohnes durch die persönliche Vollziehung der Erntearbeit ausüben. Daraus ergibt sich, daß der Quotallohnarbeiter bei Fruchtziehung und Ernte, wie überhaupt im Allgemeinen bei der ganzen Arbeit den Weisungen des Herrn unterworfen ist, der auch die Annahme der Dienste ablehnen und die Arbeit sistiren kann, sobald es ihm gefällt, ohne daß er alsdann zu etwas Anderem verbunden ist, als zu der Zahlung des bedungenen Lohns (vgl. §§ 615, 649 BGB). Freilich wird die Berechnung des letzteren hier besonders schwierig sein, weil sich die Quote als Arbeitslohn erst nach dem Ergebniß der Arbeit

10) S. oben § 7 nach Note 15.

selbst bemessen soll — ein Punkt, auf welchen unten an gehöriger Stelle ausführlich einzugehen ist. Zwar wird in landwirthschaftlichen Betrieben auch diese vorzeitige Sistirung selten sein: das segensreiche Moment der Stabilität des partiarischen Verhältnisses sich auch in dieser Erscheinungsform desselben ebenso bethätigen wie bei der Theilpacht. Aber das ändert nichts daran, daß im Prinzip der Leistende nicht Nutzungsberechtigter (Kolon), sondern nur Arbeiter (Tagelöhner oder Angestellter des dominus) ist, welcher ihm aufgetragene Arbeiten an der Sache nach dem Willen des Herrn derselben zu verrichten hat. Daraus ergibt sich, daß der Quotallohnarbeiter auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht stets Besitz der Sache hat, an der die Arbeit zu vollziehen ist — vor Allem nicht an Grundstücken, sondern höchstens bei beweglichen Sachen, die dem Unternehmer zum Zweck der Arbeitsvornahme übergeben worden sind (vgl. § 647 BGB). Z. B. er soll aus den ihm übergebenen Materialien einen neuen Stoff herstellen und mit einem entsprechenden Antheil dieses Stoffs entlohnt werden. Sonst aber, und namentlich bei Grundstücksarbeiten, ist der Arbeiter regelmäßig nicht Besitzer. Vielmehr behält den Besitz allein der Herr, welcher die Arbeiten nach seinem Ermessen vornehmen läßt. In Folge dessen fallen auch die durch die Thätigkeit des Arbeiters gezogenen Früchte oder sonstigen Erträgnisse hier nicht wie bei der Theilpacht mit der Trennung in das Eigenthum des Arbeiters (§ 956 BGB), sondern gehören ausschließlich dem Herrn, und erst der Theil gelangt in's Eigenthum des Arbeiters, der nach der hinterher vollzogenen Abrechnung oder Abmessung als Antheil des Arbeiters festgestellt und von diesem aprehendirt wird. Weil hiernach beim Quotallohnvertrage lediglich der Herr es ist, welcher durch seine Angestellten arbeitet oder arbeiten läßt, haftet er anderseits nach § 831 BGB auf Ersatz des Schadens, den die Arbeiter in Ausführung der ihnen über-

tragenen Verrichtungen einem Dritten widerrechtlich zufügen, sofern der Herr nicht den Beweis führt, daß er bei Auswahl der Personen, bei Beschaffung der zur Arbeit erforderlichen Geräthschaften und sonstigen Vorrichtungen oder bei der Leitung der Arbeit, soweit letztere ihm oblag, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre. Dagegen wird man nicht behaupten können, daß der Eigenthümer in gleicher Weise auch für die Vergehen und Versehen seines Partiarkolonen hafte. Denn letzterer ist nicht vom Eigenthümer zu einer Verrichtung für den dominus bestellt, sondern arbeitet für sich selbständig als Pächter. Und es hat der Herr, wie wir schon oben sahen, kein Recht, sich in die Arbeiten des Pächters einzumischen, als soweit dies zur Wahrung seiner Rechte auf den Pachtzins erforderlich ist. Das schließt die Haftung des dominus für den Kolonen aus. — So sehen wir, daß die richtige Abgrenzung der Theilpacht auch nach anderer Richtung hin weittragende praktische Konsequenzen hat.

2. Form und Gegenstand der Theilpacht.

§ 11.

Das im modernen Recht bevorzugte Prinzip der Formfreiheit beherrscht im Allgemeinen auch den Pachtvertrag. Die Theilpacht ist also geschlossen mit dem Konsense der Parteien über das Pachtobjekt und die dafür von dem Kolonen als Entgelt zu leistende Fruchtquote und sonstigen Vergütungen, welche daneben noch ausbedungen werden können; endlich über die wesentliche Art der Nutzung des Pachtobjektes selbst, die hier schon der Natur der Sache nach mit der Lohnberedung zusammenfällt (vgl. §§ 535 ff., 581 BGB). Schriftliche Abfassung des Vertrages wird dagegen in dem allerdings hier nicht seltenen Falle verlangt, daß die Pacht über ein Grundstück auf bestimmte

Zeit und länger als ein Jahr abgeschlossen worden ist (§§ 566, 581 Abs. 2). Wird diese Vorschrift nicht beobachtet, so hat das die Folge, daß der Vertrag über den Zeitraum des ersten Jahres hinaus nach den Regeln der für unbestimmte Zeit geschlossenen Verträge durch gewöhnliche Pachtkündigung beendigt werden kann. So insbesondere auch bei einem stattgefundenen Verkauf des Grundstücks[1]).

Was den Gegenstand der Theilpacht angeht, so ist dieselbe wahre Pacht und kann als solche über einkommensfähige Gegenstände aller Art geschlossen werden. § 581 bestimmt, daß der Verpächter dem Pächter den Gebrauch und Fruchtgenuß des verpachteten Gegenstandes zu gewähren hat, soweit die Früchte nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft sich als Ertrag des Pachtobjektes darstellen. Hier soll der Pachtzins gerade aus diesem Ertrag genommen werden: er besteht in einer Quote des letzteren selbst. — Daß eine besondere Arbeitsleistung des Kolonen zur Gewinnung dieses Ertrags erforderlich sei, kann nach der obigen Begriffsbestimmung nicht behauptet

1) Bei Beobachtung der Form unter den Voraussetzungen der §§ 571 ff. BGB dagegen nicht (Kauf bricht nicht Miethe). Einer Eintragung des Pachtverhältnisses im Grundbuch bedarf es nicht und sie hätte auch keinen Sinn, denn Miethe und Pacht sind keine dinglichen Rechte. Vgl. meine Abhandlung: Die juristische Natur der Miethe nach dem deutschen BGB (1896) u. i. Jhering's Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 37 S. 1. Die Eintragung ist überhaupt nicht zulässig. Gleichwohl kann Fischer von seiner Lieblingsidee der Eintragung auch dieser Rechte in das Grundbuch nicht lassen. In seiner Handausgabe des BGB § 873 Anm. 3 bemerkt er, daß die Eintragung noch auf dem durch § 1090 (cf. Anm. 5 daselbst) bezeichneten Umwege möglich sei. Niemand bezweifelt, daß beschränkte persönliche Dienstbarkeiten eintragsfähig sind, aber mit Miethe und Pacht haben sie nichts zu thun; und daß Jemand die letzteren um der Eintragung willen diese „juristische Klinik" durchmachen lassen werde, scheint mir nicht glaublich. Man will entweder Miethe oder Dienstbarkeit, so wie es immer war.

werden, sondern gehört nur in dem Maße mit zum Begriff der Theilpacht, daß der Pächter ernten muß[2]), um dem Rechte des Verpächters auf Feststellung des Pachtzinses zu genügen und letzterem überhaupt die Erntearbeit, an der derselbe interessirt ist, abzunehmen. Dagegen ist es sehr wohl möglich, daß sich die Arbeit des Theilpächters gegebenenfalls auf diese Erntearbeit beschränkt und auch beschränken darf, indem die Früchte oder Nutzungen (z. B. Oliven, Korkrinde, Lohe u. dgl.) ganz von selbst kommen, oder aus anderen Gründen (z. B. bei einem verpachteten See, Teich oder sonstigen Privatgewässer) eine weitere Einwirkung als fleißiger Fischzug oder Einsammlung der darin befindlichen Krusten-, Schaalthiere u. dgl. nach Inhalt des Vertrages nicht zu üben ist[3]). Hiernach beschränkt sich der Begriff der Theilpacht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch auch keineswegs auf landwirthschaftliche Betriebe, sondern ist an allen einkommensfähigen Gegenständen möglich, soweit die Art des Einkommens nur eine Quotalvertheilung zuläßt. Auch unbeweglich braucht dieser Gegenstand durchaus nicht zu sein. Wie die pascenda pecora partiaria[4]), freilich ohne ausdrückliche Qualifizirung des Kontrakts, schon in den römischen Quellen vorkommen, so ist nach heutigem Rechte sicher, daß die Weide mit Halbpart oder anderer Vertheilung des jungen Viehs sowohl als Theilpacht wie unter dem Gesichtspunkt der Quotallohnverträge ausbedungen werden kann[5]).

---

2) S. oben § 7 vor Note 16.

3) Möglich ist aber auch hier gegebenenfalls eine andere Normirung der Pflichten des Kolonen. Z. B. er soll die Fischzucht pflegen, das Gewässer periodisch von Schlamm und sonstigem Unrath säubern u. s. w.

4) L. 9 Cod. de pactis (2, 3).

5) Vgl. oben § 10 Anm. 8 und unten bei den Quotallohnverträgen.

3. Rechte und Pflichten der Parteien.

§ 12.

a) Allgemeines. — Uebergabe und Erhaltung des Gegenstandes in geeignetem Zustande.

Die Rechte und Pflichten der Parteien in der Theilpacht ergeben sich im Allgemeinen aus der gesetzlichen Regelung des Pachtverhältnisses als solchen. Es handelt sich hier nur um gewisse Modifikationen des letzteren auf Grund der getroffenen Parteivereinbarung über den Pachtzins, welche, soweit sie sich in den bekannten Grenzen des Erlaubten halten, in jeder Richtung zulässig sind. So wird z. B. oft bedungen, daß der Verpächter das Inventar sowie die Arbeitsmaterialien (Maschinen, Handwerkszeug 2c.) zu stellen und die Wirthschaftsunkosten zu tragen, ja dem Kolonen und seiner Familie Wohnung und Unterhalt zu gewähren hat, während nicht weniger oft der Pächter für Alles dieses selber sorgen muß. Man kann nicht sagen, daß das Eine oder Andere naturale negotii sei: mit dem Pachtbegriff verträgt sich beides, da der Benutzungsmodus für alle diese Eventualitäten Spielraum läßt. Hier ist nur von den Hauptpunkten die Rede, welche sich in Ermangelung gegentheiliger Verabredungen aus dem partiarischen Charakter des Geschäfts ergeben.

Darunter nimmt die Verpflichtung des Verpächters zur Uebergabe die erste Stelle ein.

Der Verpächter hat also dem Kolonen den Pachtgegenstand sammt dem vertragsmäßigen Zubehör zu Gebrauch und Fruchtgenuß zu überlassen [1]), und zwar in einem dazu nach dem Vertrag geeigneten Zustande (§§ 536, 581 Abs. 2 BGB). Daß hiermit der Verpächter den Anfang zu machen, also vorzuleisten hat (§§ 551, 584), versteht

1) S. über die Besitzesübertragung einer Pachtsache schon oben § 7 gegen Ende.

sich schon deshalb von selbst, weil der Pachtzins hier (ganz oder zum Theil) aus dem vom Kolonen erst zu gewinnenden Ertrag des Pachtobjektes zu entnehmen ist. Die Ueberlassung vollzieht sich auf die gewöhnliche Weise: bei einer Sache durch Uebertragung der thatsächlichen Gewalt (vgl. §§ 854 ff.). Wann die thatsächliche Gewalt über die Sache (insbesondere ein Pachtgrundstück) erworben ist, hängt von den Umständen ab, unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung. Die Parteien brauchen dazu weder auf die Thürme zu steigen[2]) noch auf das Grundstück hinauszuwandern. Nach § 854 Abs. 2 genügt die Einigung der Parteien, wenn nur der Pächter in die Lage gesetzt wird, die thatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben. Im Gegensatz zum römischen Rechte wird der Pächter dadurch Besitzer, nicht Detentor. Der Verpächter ist auf den sog. mittelbaren Besitz beschränkt (§ 868).

Weiterhin haftet der Verpächter für den vertragsmäßigen Zustand des Pachtobjektes, wie er oben geschildert wurde, nicht blos im Moment der Uebergabe, sondern auch weiterhin; sodaß also der Gegenstand für die Vertragszeit in demselben zu Gebrauch und Fruchtziehung geeigneten Zustande verbleiben muß. M. a. W. der Verpächter hat die Sache fortdauernd in brauchbarem Zustand zu erhalten (§§ 536, 581). Hieraus ergibt sich die bekannte Gewährsmängelhaftung des Verpächters und eine Reparaturpflicht.

Um letztere vorwegzunehmen — denn die Folgen der Nichtinstandhaltung der Sache sind von denen der ur-

2) Von wo sich das Grundstück übersehen läßt. Nach der bekannten l. 18 § 2 Dig. de adquir. vel amittenda poss. (41, 2). S. auch bereits l. 3 § 1 eod. — Bei Mobilien genügt z. B. Einhändigung der Schlüssel (etwa zum Stalle, in welchem sich die Thiere befinden) oder ein anderer Akt, durch welchen der Pächter in die Lage gebracht wird, die thatsächliche Gewalt über die Sachen auszuüben.

sprünglichen Mangelhaftigkeit derselben nicht wesentlich verschieden[3]) —, so hat im Allgemeinen der Verpächter alle Ausbesserungen auf seine Kosten vorzunehmen, soweit sie während der Pachtzeit nothwendig werden und Gebrauch und Nutzungsmöglichkeit der Sache von ihrer Vornahme abhängen. S. auch §§ 536, 548, 581 BGB, wonach der Pächter im Allgemeinen weder casus noch ordnungsmäßige Abnutzung zu vertreten hat und vom Verpächter dauernd in der Möglichkeit vertragsmäßigen Gebrauchs- und Fruchtbezugs der Pachtsache zu halten ist. Nimmt der Verpächter die hiernach auf ihn fallenden Reparaturen nicht vor, so kann der Pächter, statt ihn darauf zu verklagen oder sonstige Rechte daraus abzuleiten, nach § 538 (581) den Mangel selbst beseitigen und vom Verpächter Ersatz der dazu erforderlich gewesenen Aufwendungen verlangen, nachdem er ihn in Ansehung der Reparaturpflicht in Verzug gesetzt hat. Sonst hat Verpächter nur die nothwendigen Aufwendungen zu ersetzen, welche der Pächter auf die Pachtsache gemacht hat[4]) (§ 547). Darauf ist hier nicht näher einzugehen. Jedenfalls aber gehören die Bestellungskosten des verpachteten Grundstücks ebensowenig als die Fütterungskosten des verpachteten Viehs zu den nach dieser Vorschrift vom Verpächter zu tragenden Aufwendungen. Ganz wie die Fütterungskosten (die § 547 ausdrücklich ausschließt) sind auch die Bestellungskosten eines Grundstücks keine Verwendungen auf die Sache. Der Theilpächter hat also die Kulturkosten regelmäßig

3) Weshalb auch § 536 mit Recht beide Fälle zusammenstellt.

4) S. auch l. 19 § 4, l. 61 pr. Dig. locati (19, 2). Ueber die l. 55 § 1 eod. vgl. Petražycki, Lehre vom Einkommen I S. 307. Die Fütterungskosten der verpachteten Thiere trägt in allen Fällen der Pächter. Sie entsprechen dem Vortheil des Gebrauchs. Die Verpflichtung des locator zum Ersatze sonstiger Verwendungen bestimmt sich nach den Vorschriften über die auftragslose Geschäftsführung. Der conductor hat aber das jus tollendi (§ 547 Abs. 2).

selbst zu tragen und muß beispielsweise auch die Aussaat aus der ihm verbleibenden Quote des Fruchtertrags entnehmen. Das mitverpachtete (lebendige und todte) Inventar hat er auf eigene Kosten zu erhalten, also auch zu repariren[5]); ja er hat sogar den gewöhnlichen Abgang des lebenden Inventars (der Thiere) aus den Jungen insoweit zu ersetzen, als dies einer ordnungsmäßigen Wirthschaft entspricht (§ 586). Sonst ist das junge Vieh für ihn. Soweit es bei der Theilpacht auf ihn und den Herrn entfällt, hat Pächter hiernach die ihm obliegende Ergänzung aus seiner Quote vorzunehmen. Dagegen bietet die Uebernahme eines sog. „eisernen Bestandes" (§§ 587—589) für die Theilpacht keine Besonderheiten, da es sich hier einerseits um eine Uebernahme zum Schätzungswerthe, also in Geld, handelt und anderseits die Frage, was auf Grund der Abmachung dem einen Kontrahenten von dem andern zu ersetzen oder zu erstatten ist, erst nach Ablauf der ganzen Pachtzeit zu beantworten ist. Es hat also diese Vereinbarung der Theilpacht gegenüber den Charakter eines selbständigen Nebengeschäfts, das von den Eigenthümlichkeiten der ersteren nicht sonderlich berührt wird. Was für den eisernen Bestand zu reserviren ist, gehört nicht zu den Früchten (§ 581). Man wird die Theilpacht hier gar nicht auf das Inventar beziehen[6]). — Bei Pacht und Theilpacht landwirthschaftlicher Grundstücke endlich sind dem Pächter alle gewöhnlichen Ausbesserungen überhaupt zur Last gelegt (§ 582), — m. a. W. das ge-

5) Dagegen nicht das trotzdem abgegangene Inventar zu ergänzen, es sei denn, daß er seiner Reparaturpflicht nicht nachgekommen, oder der Abgang sonst auf einen vom Pächter zu vertretenden Umstand zurückzuführen ist (§ 586 Abs. 2 Satz 1). Nur bei dem lebenden Inventar, wobei naturgemäß der Abgang eine größere Rolle spielt und ihm die Zuzucht gegenübersteht, ist mit Recht die Regelung eine etwas andere.

6) S. noch unten § 23 am Ende.

wöhnliche Abnutzungsrecht (§ 548) ist hier insofern begrenzt, als das bisherige Agrikulturniveau des Grund und Bodens in seinem allgemeinen Bestande zu erhalten ist[7]). Sowenig wie der Boden ausgesogen werden darf, sowenig darf der Pächter hier diejenigen Reparaturen unterlassen, welche dem Vortheil des landwirthschaftlichen Gebrauchs entsprechen, damit der letztere auch über die Pachtzeit des jetzigen Besitzers hinaus in gleicher Weise immer stattfinden kann[8]). Und das muß sich auch auf die Instandhaltung der dazu gehörigen Wohn- und Wirthschaftsräume erstrecken, mit der Begrenzung, daß es sich dabei nicht um solche Reparaturen handelt, welche den Gebäuden dauernd zu Gute kommen, sondern blos um solche, die dem Vortheil des Gebrauchs durch den Pächter entsprechen. — Die auf der Pachtsache ruhenden Lasten und Abgaben trägt in allen Fällen der Verpächter, insbesondere die Grundsteuern der Grundherr[9]) (§§ 546, 581).

Was die Gewährsmängelhaftung des Verpächters angeht, so kann hier selbstverständlich nicht das ganze Institut zur Darstellung gelangen; sondern es genügt, im Allgemeinen auf die diesbezüglichen für Miethe und Pacht geltenden Grundsätze (§§ 537 ff. BGB) zu verweisen. Diese kommen insofern unverändert zur Anwendung, als darin von den Voraussetzungen der Mängelhaftung (ursprünglichen oder späteren — verborgenen oder offensichtlichen — von ge-

---

7) Verschiedene Beispiele in dieser Beziehung gibt der § 582 selbst an. Eine allgemeine Begriffsbestimmung des Ausdrucks: „gewöhnliche Ausbesserungen" wird kaum anders als im Texte möglich sein; obwohl im Detail auch Ortsgewohnheit u. dgl. darüber bestimmen, welche Arten von Ausbesserungen der Pächter „gewöhnlich" vorzunehmen hat.

8) Die Vorschrift ist bei der Theilpacht von außerordentlicher Wichtigkeit und nimmt ihr einen großen Theil der früher oft hervorgehobenen wirthschaftlichen Gefahren.

9) S. schon l. un. § 3 Dig. de via publ. (43, 10).

wöhnlichen Mängeln und dem Fehlen zugesicherter Eigenschaften), — des Weiteren von der Einschränkung der Rechte des Pächters wegen unterlassener Anzeige (§ 545), — von der Haftung des Verpächters auf Schadensersatz wegen vertretbaren Versehens und Verzug (§ 538), oder vom Rücktrittsrecht des Pächters (§ 542 ff.) die Rede ist. Dagegen ist für einen Anspruch auf verhältnißmäßige Minderung des Pachtzinses im Sinne des § 537 bei der Theilpacht kein Raum, weil Mängel, welche die Tauglichkeit des Pachtobjekts zu dem vertragsmäßigen Gebrauch 2c. aufheben oder mindern, hier ganz von selbst auch schon einen Ausfall oder eine Minderung des Erträgnisses der Pachtsache und damit des dem Herrn gebührenden Pachtzinses herbeiführen. Die Mängel treffen also ästimatorisch hier schon von selbst den Herrn, wenngleich auch der Kolon darunter leidet und eine höhere Anstrengung, die er zur Hebung des Ertrags der mangelhaften Sache gemacht hat, nicht sich allein zum Vortheil anrechnen darf. Denn der Erfolg der Arbeit des Kolonen kommt nach dem Inhalt des Geschäfts hier beiden Parteien zu Gute, und der Grund, weshalb der Kolon besondere Anstrengungen macht, ist rechtlich unerheblich. Somit kann sich der Pächter hier bei Mängeln des Pachtobjekts nur redhibitorisch schützen, sofern er nicht nach Lage des Falles einen besonderen Schadensersatzanspruch gegen den Verpächter hat.

§ 13.

b) Mängel im Rechte des Verpächters und sonstige Störungen.

Aehnlich verhält es sich mit der Rechtsgewährleistung des Pächters, auf welche nach §§ 541, 542 ff. zum Theil auch ganz dieselben Vorschriften Anwendung finden. Denn hier wie dort handelt es sich für das Lokationsverhältniß um eine auf Grund gewisser Umstände erfolgende Nicht-

gewährung oder Wiederentziehung von Gebrauch und Nutzung des Pachtobjekts gegenüber dem conductor, deren Wirkung überwiegend die gleiche sein muß. Auch hier wird also der Theilpächter in Folge des Rechtsmangels, der ihm Gebrauch und Fruchtbezug beeinträchtigt, zwar vom Vertrage ganz zurücktreten bezw. unter Umständen sein Interesse liquidiren können, aber für einen Anspruch auf Herabsetzung des Pachtzinses ist ebenfalls in Folge des eigenthümlichen Verhältnisses bei der Theilpacht kein Raum. — Verschieden davon ist, wenn Pächter in Gebrauch und Nutzung der Pachtsache durch Eingriffe Dritter gestört wird, die nicht auf einem Recht des Störers an der Pachtsache beruhen. Für solche Eingriffe hat der Verpächter überhaupt nicht einzustehen; vielmehr hat sich der Pächter in erster Linie an den Störer selbst zu halten. Den Verpächter geht die Sache nur insoweit an, als er dadurch in die Unmöglichkeit versetzt wird, dem Pächter den vertragsmäßigen Gebrauch 2c. weiter zu gewähren[1]). Denn wenn er auch für die von Außen herantretenden Zufälligkeiten an sich haftet, so wird doch durch Unmöglichkeit der Leistung von seiner Seite nach dem allgemeinen Prinzip der gegenseitigen Verträge auch der Pächter von der Pflicht zur Gegenleistung befreit, d. h. kann vom Vertrage für die Zukunft zurücktreten (§ 542). Voraussetzung des Rücktrittsrechtes ist jedoch auch hier rechtzeitige Anzeige des Pächters an seinen Gegenkontrahenten, damit letzterer, soweit das möglich ist, in angemessener Frist Abhülfe schaffen kann (§§ 542, 545). Gelingt dies nicht, so stehen wir hier an dem Punkt, der die gewöhnliche Pacht

1) Der wichtigste Fall dieser Art ist die Enteignung oder Konfiskation des Pachtgegenstandes. Ein verpachtetes Theater wird von der Obrigkeit geschlossen; eine bestimmte Fabrikation, zu welcher ein Lokal vermiethet ist, wird untersagt oder an Beschränkungen geknüpft, unter welchen sie wirthschaftlich nicht weiter fortgesetzt werden kann. Vgl. E. d. RG Bd. 4 S. 169.

oft so gefährlich macht und alles Risiko entweder dem Pächter oder dem Verpächter aufbürdet. Bezieht der Eingriff von dritter Seite sich nicht auf die Behinderung des Pächters im Gebrauch und Fruchtbezug, wie sie der Verpächter ihm zu gewähren hat[2]), so ist der Schaden zu Lasten des Pächters, der daraus keinen Grund entnehmen kann, die Pacht vorzeitig aufzulösen; beeinträchtigt er dagegen die Gewährung zu Gebrauch und Fruchtziehung von Seiten des Verpächters, so ist der Nachtheil ausschließlich für ihn[3]). Die alten Pächter ziehen ab und neue sind nicht mehr zu finden, selbst nicht unter bedeutend herabgesetzten Bedingungen. Gegen diese wirthschaftliche Unzulänglichkeit des Pachtvertrages bildet die partiarische Klausel das beste Auskunftsmittel. Der Theilpächter braucht solcher Krisen halber nicht abzuziehen; auch wenn er ausharrt, hat er in der Krise, die den Ertrag beschränkt, entsprechend weniger an Pachtzins zu entrichten, — von gänzlich vernichtetem Ertrage gar Nichts. Es vertheilt sich also hier Licht und Schatten gleichmäßig auf beide Parteien. Derselbe Gesichtspunkt ausgleichender Gerechtigkeit, welche die Theilpacht auszeichnet, macht sich auch bei den vielfach im Leben vorkommenden Kalamitäten geringeren Grades geltend, von denen anerkannt ist, daß sie dem Pächter kein Recht des Rücktritts geben, sondern welche ohne besondere Entschädigung ertragen werden müssen, wie z. B. wenn das Pachtgrundstück ohne wesentliche Zerstörung der Saaten vorübergehend vom Wasser überschwemmt wird[4]) oder beim

2) Also z. B. wenn der Eingriff unmittelbar die Person des Pächters trifft. S. auch unten § 17 Anm. 11.

3) Man sagt: Vermiether und Verpächter tragen die Gefahr.

4) Vgl. aus dem röm. Recht l. 24 § 4 Dig. locati (19, 2). Nach § 542 BGB gilt dasselbe, wie sich unmittelbar daraus ergibt, daß das Rücktrittsrecht erst stattfindet, wenn eine dem Vermiether vom Miether gesetzte angemessene Frist zur Beseitigung des Uebelstands fruchtlos verlaufen ist, oder der Miether an der

Beginn der Pacht die Uebergabe sich in Folge besonderer Umstände um ein Geringes verzögert[5]). Bei Theilpacht treffen alle diese Kalamitäten mittelbar auch den Herrn, insofern der Fruchtertrag und damit auch die Pachtzinsquote dadurch verringert werden; ebenso wie auch der Nachtheil mit auf den Herrn zurückfällt, wenn der Pächter durch einen lediglich in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung des Nutzungs- und Gebrauchsrechtes verhindert wird (§ 552). Daß auf der andern Seite die Bebauung 2c. bei der Theilpacht eine Pflicht des Kolonen ist, deren Außerachtlassung besondere Folgen nach sich zieht, ist unten besonders zu erörtern.

Selbstredend darf auch der Verpächter Gebrauch und Nutzung des Kolonen nicht beeinträchtigen. Das wird er zwar hier regelmäßig schon deshalb nicht thun, weil dadurch der Ertrag und mithin der Pachtzins vermindert würde; und deshalb ist darüber wie über die damit zusammenhängende Frage, wieweit sich Miether und Pächter Reparaturen des Objekts, die den Gebrauch behindern, gefallen lassen müssen, hier nichts zu sagen. Dagegen wird bei Theilpacht oft ein anderer Punkt verhängnißvoll, nämlich die Aufsicht, die der Herr hier nach dem Wesen des Vertrages dem Betriebe des Kolonen in gewisser Hinsicht angedeihen lassen muß. In dieser wird der Pächter nicht selten eine Störung sehen.

Von dieser Aufsicht ist schon in dem oben citirten Brief des Plinius die Rede und sie hat sich durch die Jahrtausende hindurch als ein gewissermaßen unveräußerliches

---

weiteren Erfüllung des Vertrags in Folge des hindernden Umstands überhaupt kein Interesse mehr hat. Das ist bei der im Text vorausgesetzten Kalamität nicht der Fall. S. noch § 542 Abs. 2.

5) Z. B. weil der frühere Pächter sich beim Abzuge verspätet. S. auch Entsch. d. ROHG Bd. 7 S. 386, Bd. 9 S. 407 u. d. RG Bd. 1 S. 63.

Recht des Theilverpächters in Sitten und Gewohnheiten des Volkes fortgepflanzt. Wir werden dieses Aufsichtsrecht daher auch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs, das seiner nicht besonders Erwähnung thut, als durch das Wesen des Vertrags: die Natur des Pachtzinses und das damit verbundene Interesse des dominus an der gehörigen Kultur des Pachtobjekts gegeben anerkennen; wenngleich wir auf der andern Seite nicht so weit gehen dürfen, die Selbständigkeit der Pächterstellung, die den Kolonen gerade vom Quotalarbeiter unterscheidet[6]), dadurch zu untergraben. Daraus ergibt sich eine gewisse Antagonie der beiden Betheiligten mit Beziehung auf die gehörige Kultur des Pachtobjektes, welche unter Umständen den Keim zu Zwistigkeiten in sich trägt, indem der Kolon das Bestehen des Verpächters auf einer rationellen, nicht nur für die Gegenwart berechneten Wirthschaft als Hinderung seiner auf möglichst reichlichen Ertrag gerichteten Bebauungsthätigkeit ansieht. Es versteht sich von selbst, daß solche Zwistigkeiten, wo sie sich einstellen, auch prozessualisch geschlichtet werden müssen und daß es dazu eine Klage geben muß, die je nachdem vom einen oder anderen Kontrahenten angestellt werden kann. Auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch vermissen wir einen solchen Anspruch nicht. Er ergibt sich vielmehr daraus, daß nach § 581 der Fruchtgenuß dem Pächter generell nur insoweit zugestanden ist, als die Früchte nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft als Ertrag anzusehen sind. Eine solche ordnungsmäßige Wirthschaft ist es aber nicht, wenn der Kolon zum Zwecke reicherer Ernte den Boden aussaugt und die nothwendigen Meliorationsarbeiten unterläßt, wie umgekehrt der Herr nicht allzuängstlich sein und aus übertriebenen Bedenken nicht die Arbeit des Kolonen

6) Vgl. oben § 10 bei Note 10.

hindern darf. Daraus ergeben sich von selbst die Ansprüche beider Theile gegeneinander, welche das Gericht auf Anrufen nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze der Billigkeit und was nach Ortsgebrauch als gewöhnliche und ungewöhnliche Betriebsart anzusehen ist, in ihrer gegenseitigen Bedeutung und im wohlverstandenen Interesse der Parteien gegeneinander abzuwägen haben wird. Bei Theilpacht landwirthschaftlicher Grundstücke ist nur Ertrag, was nach Vornahme der dem Pächter obliegenden Ausbesserungen übrig bleibt[7]) (§ 582). — Daß der Kolon es ist, der erntet, und daß er sich in dieser Arbeit von dem Herrn nicht dreinreden zu lassen braucht, ist schon hervorgehoben[8]). Der Verpächter ist in dieser Beziehung auf die bloße Kontrole des Ertrags beschränkt.

§ 14.

c) Verpflichtungen des Pächters. — Sublocatio. Gebrauchscession.

Die Verpflichtungen des Theilpächters sind im Allgemeinen die eines gewöhnlichen Pächters; er hat also in erster Linie bei seiner Benutzung und Fruchtziehung den Pachtgegenstand zu schonen, und sich auf den vertragsmäßigen Gebrauch und eine civile Fruchtnutzung zu beschränken. Was das besonders bei der Theilpacht sagen will, ist schon erwähnt. Es sind die Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft einzuhalten, und dazu gehört auch die gehörige Vornahme der dem Pächter obliegenden Ausbesserungen, die Erhaltung und Ergänzung des Inventars, soweit sie, wie wir oben sahen, dem Pächter obliegen[1])

7) S. oben § 12 Anm. 8.

8) Vgl. § 7 Anm. 15 und am Ende.

1) Ferner gehört z. B. unter Umständen dazu, daß der Pächter in den Wirthschaftsgebäuden des Gutes Wohnung nimmt. Denn die unbewohnt und unbenutzt bleibenden Gebäulichkeiten sind dem Verderben ausgesetzt.

(§§ 581, 582, 586 ff.). Alles das hat der Kolon auf eigene Rechnung zu besorgen, unter Duldung einer entsprechenden Kontrole des Herrn. Auch die Aussaat geht auf seine Kosten[2]). Wie er den allgemeinen Gebrauch der Sache nicht verändern darf[3]), so darf er insbesondere bei landwirthschaftlichen Grundstücken ohne Erlaubniß des Eigenthümers die wirthschaftliche Bestimmung der Sache nicht verändern, also keinen Kulturwechsel vornehmen, soweit derselbe über die Pachtzeit hinaus auf eine spätere Bewirthschaftung des Grundstücks von Einfluß wäre (§ 583). Er darf die Rebstöcke nicht ausreißen, um auf dem Grundstücke Kartoffeln oder Bohnen zu pflanzen, aber ein Kartoffelgrundstück wird er im Allgemeinen nicht gehindert sein, im nächsten Jahr mit Rüben oder etwas Aehnlichem zu bestellen. Gibt es doch für gewisse Grundstücke in der sog. Dreifelderwirthschaft ein System, welches in jedem Jahre eine andere Kulturart verlangt. Immerhin wird sich, wo etwas Aehnliches nicht als ausdrücklich oder stillschweigend bedungen angesehen werden kann, bei der Theilpacht noch fragen, ob die bisherige Kulturart nicht deshalb beizubehalten ist, weil sich der Pachtzins, der aus den Früchten zu entnehmen ist, in seiner Qualität nach der bisherigen Kultur bestimmt. In dieser Hinsicht wird es darauf ankommen, ob als Vertragsinhalt anzusehen ist, daß der Verpächter eine Quote bestimmter Fruchtsorten erhalte; andernfalls hat er nur auf eine Quote desjenigen Ertrages Anspruch, den der Pächter nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften aus der Sache gewinnen darf, und

---

2) Vgl. § 12 nach Note 4.

3) Z. B. ist es ihm nicht erlaubt, das zu Zuchtzwecken übergebene Vieh zum Waarentransport oder zur Arbeit zu verwenden; in derselben Weise wie ein vermiethetes Wohnhaus vom Miether nicht in einen Gasthof oder in noch etwas Schlimmeres verwandelt werden darf.

die Annahme des Verpächters, er werde stets dasselbe Genus erhalten, ist eine rechtsunerhebliche Voraussetzung[4]).

Selbstredend haftet der Pächter bei Erfüllung der obigen Verpflichtungen für culpa levis (§§ 275, 276 BGB), hat also (nach bisherigem Sprachgebrauch) als guter Wirth zu hausen, nicht aber mehr zu leisten, und ist daher z. B. regelmäßig zur nochmaligen Bestellung des Feldes nach Wegschwemmung der früheren Aussaat nicht verpflichtet, wenn darin nicht nach Zeit und Umständen eine Nachlässigkeit gefunden werden kann. Vor Allem aber muß der Kolon *selber wirthschaften*, wenn auch nicht ausgeschlossen ist, daß er sich zur Bestellung der Aecker 2c. fremder Hülfskräfte bedient, ja unter Umständen (bei entsprechendem Umfang der Thätigkeit) bedienen muß, sowie daß seine Familie und gewisse andere Verwandte die Sache mitbenutzen und ihm behülflich sein können. Schon im bisherigen Recht ward aber überwiegend[5]) die Unzulässigkeit der *Unterpacht* bei unserem Verhältniß angenommen, weil es hier mehr als anderwärts auf die Geschicklichkeit und Ehrlichkeit des Kolonen ankommt, sodaß es dem Verpächter hier niemals gleichgültig erscheint, mit welcher Person als Pächter er zu thun und wer den Gegenstand in Händen hat. Vielfach ist unrichtig diese Ausnahme auf den angeblichen Sozietätscharakter des Geschäfts zurückgeführt worden[6]): es ist dagegen

4) Gleich der anderen, wohl auch stets gehegten, daß er überhaupt Etwas erhalte.

5) Vgl. Preuß. ALR I, 21 §§ 313 ff.; Code civil Art. 1763, 1764; Oesterreich. GB § 1098; Sächs. BGB § 1194; Schweiz. Ges. über das Obl.R Art. 306; Bayr. Entw. Art. 433, 461, 465; Hessischer Entw. Art. 158; Dresdener Entw. Art. 582.

6) So in den Berathungen über den *Code civil* (cf. *Maurícault*, Rapport au tribunat n. 15: *Locré*, Legislation civile etc. Bd. 7 S. 195 der belg. Ausg.; — richtiger *Galli* im Rapport au Corps legislatif, eod. S. 195. S. auch *Fenet*, Recueil complet des travaux préparatoires Bd. 14 S. 317) und in den Verhandlungen über den *Dresdener Entwurf* zu § 582. Daß das Oesterreich.

schon darauf hingewiesen worden, daß die Interessengemeinschaft der Parteien hier nur eine etwas größere ist, als bei der gewöhnlichen Pacht. Der Eigenthümer ist stets daran interessirt, einen tüchtigen Pächter zu erhalten; hier kommt nur hinzu, daß von der Tüchtigkeit und Ehrlichkeit des Pächters nicht nur der gute Zustand des Pachtobjektes, sondern auch die Höhe des Pachtzinses abhängt. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat daher Recht gethan, auch hier die Konsequenz zu ziehen, daß in Ansehung der sublocatio die Theilpacht nicht anders, als jede andere Pacht zu behandeln ist. Das heißt: es wird bei beiden gleichmäßig die Unterpacht und (als ihr gleichstehend) die Ueberlassung des Gebrauchs des Pachtobjekts an einen Dritten ohne Erlaubniß des Verpächters untersagt. Nur gegenüber der Miethe ist der Unterschied gemacht, daß die grundlose Verweigerung der Erlaubniß bei der Miethe, nicht aber bei der Pacht, einen Kündigungsgrund abgibt[7]), weil die Person des Pächters für den Eigenthümer noch wichtiger ist, als die Person des Miethers (§§ 549, 596 Abs. 1). Natürlich ist die ganze Vorschrift nur dispositiv. Der Eigenthümer kann die Untermiethe 2c. besonders gestatten; wenngleich er sich dazu bei Theilpacht aus den erwähnten wirthschaftlichen Gründen wohl am seltensten entschließen wird. Gestattet er sie aber, so haftet dennoch der Kolon für das Verschulden des Substituten bei Gebrauch und Fruchtziehung; nicht nur wie nach römischem Recht für culpa in eligendo (§ 549). Daß er für die Gehülfen haftet, deren er sich unter Umständen auch

---

GB die Theilpacht überhaupt als Sozietät ansieht, ist schon erwähnt.

7) Wenn der vorgeschlagene Untermiether oder Gebrauchscessionar eine persona idonea ist und keine Gefahr besteht, daß die Miethsache durch den Personenwechsel Schaden leide. — Anders nur, wenn in dem Miethkontrakt die Untermiethe 2c. ausdrücklich ausgeschlossen war. Ein solcher vertragsmäßiger Ausschluß ist also auch noch heutzutage (nach § 549 BGB) nicht bedeutungslos.

ohne besondere Zustimmung des dominus bei der Kultur bedient, folgt aus dem allgemeinen Grundsatze des § 278.

Besondere Betrachtung verlangt noch das Verbot der Ueberlassung des Gebrauchs, im Gegensatz zur einfachen Unterverpachtung. Zwar scheint es nach § 549, als sei die Ueberlassung zum Gebrauch der weitere Begriff, die Untermiethe nur als eine Spezies[8]). Indessen damit würde man dem Sinne des § 549 nicht nahe kommen. Schon in dem ersten Entwurf fand sich die Fassung, daß dem Miether unter Umständen das Recht zustehe, „einem Anderen den vertragsmäßigen Gebrauch der gemietheten Sache zu überlassen, insbesondere auch durch weiteres Vermiethen (Untermiethe)". Die Motive[9]) bemerken dazu, daß mit der Gestattung der Gebrauchsüberlassung durch den Miether an andere Personen zugleich die dem Miether aus dem Miethvertrag zustehenden obligatorischen Rechte für abtretungsfähig erklärt seien, und daß umgekehrt in einer Untersagung der Gebrauchsüberlassung ein Verbot der Abtretung[10]) liege. Somit handelt es sich in § 549 um den Gegensatz von Untermiethe und Gebrauchscession, d. h. Cession der obligatorischen Rechte des Miethers aus dem Miethvertrage — nicht auch seiner Pflichten. Damit ist das Kriterium zur Unterscheidung der „Gebrauchsüberlassung" von zahlreichen sonstigen Konzessionen des Miethers und Pächters an Dritte: der Untermiethe, der Annahme von Gehülfen, der Aufnahme von Gästen u. dgl. gegeben. Letzteres gehört zum vertragsmäßigen Gebrauch bezw. der Nutzung, wie sie nach allgemeinen gesellschaftlichen und

8) § 549: Der Miether ist ohne die Erlaubniß des Vermiethers nicht berechtigt, den Gebrauch der gemietheten Sache einem Dritten zu überlassen, insbesondere die Sache weiter zu vermiethen. — Die Anwendung auf Pacht ergibt sich aus § 581 Abs. 2.

9) Bd. II S. 396.

10) Im Sinne des heutigen § 399 BGB.

wirthschaftlichen Grundsätzen zu verstehen sind. Eine Abtretung des Gebrauchs an die Hülfs- oder aufgenommenen Personen enthalten sie nicht. Diese Personen erwerben daher auch kein Recht auf die Benutzung oder Nutzung des Miethobjekts, wie sie dem Miether oder Pächter zusteht; weder gegenüber letzterem, noch gegenüber dem ersten Vermiether und Verpächter. Das schließt nicht aus, daß sie gegenüber dem Miether oder Pächter, der sie angenommen, Rechte haben (z. B. auf Tage- oder Werklohn), aber diese Rechte betreffen nicht das Pachtobjekt und seinen Gebrauch. Aus dem Gesagten erhellt zugleich, wie wir dann weiter die Gebrauchscession von sublocatio zu unterscheiden haben. Die Cession der Rechte aus dem Miethvertrage steht der Cession der Rechte einer Partei aus anderen Rechtsverhältnissen (wie sie z. B. aus dem Auftrag, einem Gesellschaftsvertrage, häufig vorkommt) vollkommen gleich. Eine solche Cession ist zulässig, wenn sich der Inhalt der abgetretenen Rechte nicht durch den Uebergang auf einen Anderen verändern würde, oder wenn nicht (wie § 399 gestattet) die Unübertragbarkeit bei der Begründung des Schuldverhältnisses besonders ausgemacht ist. Im vorliegenden Falle nun trifft regelmäßig schon der erstere Gesichtspunkt zu. Miethe und Pacht sind bis zu gewissem Grade, und unser Kolonat in noch weit höherem Maße, Vertrauensverhältnisse. Daraus erklärt sich schon die regelmäßige Unübertragbarkeit der aus dem Vertrag entspringenden Gebrauchsrechte[11]). Ist aber die Cession gestattet, so unterscheidet sie sich von der Untermiethe dadurch, daß sie auf alle causae hin erfolgen kann, die möglicherweise einer Cession zu Grunde liegen (Kauf, Schenkung 2c.), während die sublocatio stets eine Miethe bleibt und als solche den Eigenthümlichkeiten des Miethrechts unterliegt. Daraus ergibt sich, daß der

11) Insofern entspricht also § 549 mit seinem Verbot durchaus den allgemeinen Grundsätzen.

Cessionar direkte Rechte gegenüber dem Verpächter und Vermiether hat, der Untermiether nie. Der Gebrauchscessionar kann daher den ursprünglichen Verpächter auf Ueberlassung des Pachtgegenstands verklagen, die Vornahme der dem Verpächter obliegenden Reparaturen verlangen, ihn auf Gewährleistung in Anspruch nehmen u. dgl., während der Untermiether sich in allen diesen Beziehungen nur an seinen Kontrahenten halten kann. Daraus erklärt es sich, daß § 549 die Gebrauchscession als wichtigere Uebertragungsform an erster Stelle erwähnt. Die sublocatio steht an Bedeutung dahinter weit zurück. Freilich hat auch die Untermiethe ihre Vorzüge. Sie gewährt dem Uebertragenden das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers, welches der Gebrauchscedent nicht hat, wenn ihm auch als Verkäufer unter Umständen andere Rechte zu seiner Sicherung zu Gebote stehen. Umgekehrt hat der Untermiether die gewöhnlichen Rechte eines Miethers und Pächters gegen seinen Verpächter und in Ermanglung der Gewährung dieser Schadensersatzansprüche gegen seinen Kontrahenten, während der Cessionar des Miethers oder Pächters auf dasjenige Gebrauchsrecht beschränkt ist, das der Cedent hat, und nichts als dessen Einräumung verlangen kann. Dagegen liegt, was die Verpflichtungen des Miethers und Pächters gegenüber dem dominus angeht, kein Unterschied vor. Denn nach beiden Uebertragungsformen bleibt der ursprüngliche Miether oder Pächter dem Verpächter verpflichtet — eine Schuldübertragung ist auch mit der Gebrauchscession nicht verbunden[12]). — Um schließlich die Frage zu beantworten, nach welchen Gesichtspunkten im Einzelfalle zu entscheiden ist, ob sublocatio oder Gebrauchscession im obigen Sinne vorliegt, so ist die Begriffsbestimmung hier nicht schwerer, als bei der Bestimmung des Wesens von Kontrakten über-

12) Ob sie nach Maßgabe der §§ 414ff. daneben stattfinden kann, ist eine andere Frage.

haupt. Sie richtet sich lediglich nach der causa eius quod actum est: also ob in concreto der Gebrauch vermiethet, verkauft, verschenkt ꝛc. worden ist. Im ersteren Fall liegt Untermiethe, in allen übrigen Cession vor[13]).

§ 15.

d) Pachtzinsleistung und Kontrole.

Einen ganz besonderen Charakter gewinnt bei der Theilpacht die Verpflichtung des Pächters zur Entrichtung des Pachtzinses, weil derselbe hier in einer Quote der Früchte des Objektes selbst besteht. Aus letzterem Umstand folgt zunächst, daß das Recht des Pächters auf Fruchtziehung sich hier zugleich zu einer Pflicht des Kolonen ausgestaltet, der er sich nicht willkürlich entziehen kann. Der Kolon muß also kultiviren und ist für die gehörige Erfüllung dieser Pflicht in der gewöhnlichen Weise haftbar[1]). Nur wenn er durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand daran gehindert wird, ist er befreit; mag der Umstand in seiner Person oder in der Sache oder in sonst Etwas liegen. § 552 BGB wird für die Theilpacht dadurch, daß der Pachtzins aus dem Gebrauchserträgniß zu entnehmen ist, zum größten Theile unanwendbar. Weiterhin aber tritt das Kontrolrecht des Verpächters[2]) hier ganz bedeutsam hervor. Denn nach dem Ertrag der Ernte bestimmt sich die gesammte Gegenleistung, die der Verpächter zu erwarten

---

13) Daher fällt auch beispielsweise, wenn der Pächter sich mit einem Andern zur Bewirthschaftung des Grundstücks assoziiren wollte, der Gesellschaftsvertrag unter das Verbot des § 549. Denn dieser Vertrag schließt in sich, daß der Gebrauch bezw. die Nutzung des Grundstücks von dem Pächter in die Sozietät eingebracht (also pro parte dem socius mitüberlassen) würde.

1) Vgl. oben § 12, besonders nach Note 4.

2) S. davon im Allgemeinen schon oben § 11 gegen Ende (bei Note 6 ff.).

hat[3]). Grund genug, daß ihm Gelegenheit gegeben werden muß, sich nicht nur im Allgemeinen von der gesammten Wirthschaftsführung des Kolonen, sondern insbesondere auch von der Höhe des Fruchtertrags zu überzeugen. Das bisherige Recht ist in dieser Beziehung lückenhaft. Meist kann nur die Gewohnheit zur Sanktionirung der entsprechenden, vom Verpächter zu ergreifenden Maßregeln angerufen werden, soweit nicht das Verhältniß, wie in Oesterreich, dem Sozietätsrecht unterstellt ist[4]). So verlangt man, daß der Theilpächter den Herrn von der bevorstehenden Ernte benachrichtige[5]), damit er den Ertrag mit feststellen könne; man untersagt dem Kolonen die Verfügung über jeden Theil des Ertrags, bevor die Theilung zwischen ihm und dem Verpächter stattgefunden habe. Man verlangt Rechnungslage, wenn die Theilung nicht sofort, gewissermaßen kontradiktorisch, unter den Parteien vorgenommen wird[6]). Um das Verhältniß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, das hier allein in Betracht kommt, richtig zu bestimmen, ist vor allen Dingen erforderlich, das rechtliche Schicksal der Früchte selbst vor und nach ihrer Perzeption durch den Kolonen klarzustellen. Wir haben schon gesehen, daß die vor der Trennung als Theil des Pachtobjekts unzweifelhaft im Eigenthum des dominus stehenden Früchte nach § 956 unter Umständen schon mit der Separation, in jedem Falle aber mit der Perzeption in's Eigenthum des Kolonen fallen[7]), —

3) Von besonderen Abmachungen (Aufgeld oder sonstigen Dienstleistungen des Kolonen) abgesehen. S. darüber oben § 10. — Für das Aufgeld 2c. gilt natürlich auch § 552 unverändert; es wird geschuldet, gleichviel ob die Ernte ganz verloren ist oder nicht. Ein längerer Rückstand gibt dem Verpächter das Kündigungsrecht aus § 554 u. dgl.

4) Vgl. §§ 1198—1200 des Oesterreich. GBs. Zobkow a. a. O. S. 139 ff.

5) So ausdrücklich Art. 1660 des codice civile italiano vom 25. Juni 1865.

6) Ob oder inwieweit mit Recht wird sich gleich unten zeigen.

7) S. oben § 7 Anm. 14 bis zu Ende.

der jedenfalls auch als Besitzer (§§ 854 ff., 868 BGB) schon von Anfang an, d. h. schon bis er Eigenthümer wird, auch in Betreff des Fruchtbezugsrechtes genügend geschützt ist. Das durch die Separation bezw. Perzeption erworbene Eigenthum des Kolonen ist aber sein Alleineigenthum, nicht — wie Zobkow[8]) fälschlich annimmt — Miteigenthum des Pächters und Verpächters. Vielmehr liegt, wie seinerzeit hervorgehoben wurde, das Verhältniß so, daß der Kolon die Erntearbeit, also auch die Perzeption der Früchte selbst vollzieht; und da er hinsichtlich des ganzen Pachtobjekts der allein Nutzungsberechtigte ist (§ 581), so perzipirt er auch für sich und wird dadurch Alleineigenthümer der Ernte, wenn er nicht schon nach § 956 durch Separation Alleineigenthümer geworden ist. Mit Argumenten aus dem Willen des Pächters, mit denen Zobkow operirt[9]), ist dagegen nichts auszurichten. Schon für das römische Recht halte ich sie für verfehlt, die vorgebrachten Stellen für beweislos; gegenüber dem § 956 BGB aber ist mit solchen Argumenten schlechterdings nichts anzufangen, da die Separation sich überhaupt ohne den Willen des Pächters vollzieht. Vielmehr hat der Kolon den Pachtzins zu entrichten: dazu in erster Linie die dem Herrn gebührende Quote zu ermitteln und letztere alsdann dem Herrn zu übereignen[10]), — also

8) Theilpacht a. a. O. S. 60 ff. Hier widerspricht sich Zobkow zudem selbst, da aus dem Miteigenthum doch folgt, daß der Verpächter pro parte nun doch mit seinen eigenen Sachen bezahlt würde, was früher (S. 32 ff.) Waafer gegenüber geleugnet wurde. Daher auch dort die schwache, ja nichtssagende Antwort auf den Einwand Waafer's, die schon oben (§ 7 Anm. 16) getadelt wurde.

9) S. 61 a. a. O.

10) Diese Konstellation wiederholt sich bei allen partiarischen Kontrakten. Der eine Kontrahent erwirbt den ganzen Ertrag und hat dem anderen die Quote abzugeben. Hält man den Blick auf alle diese Fälle (vgl. z. B. vorläufig schon oben § 10 gegen Ende beim Quotallohnvertrag, und § 20 zu Note 5 bei der Miethe) gerichtet, so ist die Sache gar nicht zweifelhaft.

eine rein obligatorische Verpflichtung, wie jeder Pächter. Aus dieser würde nun ein Verbot der Veräußerung oder Verfügung über die Früchte für den Pächter allerdings nicht abzuleiten sein[11]). Auch die Erweiterung des Kommunionsbegriffs in § 741 BGB über den Bereich dinglicher Rechte hinaus läßt sich für das Verhältniß nicht verwerthen[12]), weil ebensowenig die Gemeinschaft eines obligatorischen Rechtes auf die Früchte vorliegt, vielmehr der Pächter an diesen der Alleinberechtigte ist, — der Grundstückseigenthümer nur den Pachtzinsanspruch hat. Gleichwohl ist er aus diesem in den meisten Fällen geradeso gesichert, wie wenn er Miteigenthümer des Ertrages wäre, durch das ihm zustehende gesetzliche Pfandrecht, das sich gerade auf die Früchte eines zur Kultivirung übergebenen landwirthschaftlichen Grundstücks mit erstreckt[13]) (§ 585). Dieses Pfandrecht erlischt nur durch Entfernung der Früchte mit Wissen und Willen des Verpächters von dem Grundstück[14]) oder einmonatliche Säumniß der Rechtsverfolgung von dem Augenblicke an, in dem die letztere möglich war (§§ 560—561 jcto 581). Solche Entfernung braucht der Verpächter also nicht zu dulden; — er hat das sog. Perklusionsrecht, und bei dessen Verletzung den Pfandanspruch gegen jeden Dritten in dem-

11) Ein Hauptstützpunkt Waaser's für die Sozietätstheorie (S. 99—100 daselbst). In Wahrheit eine Seifenblase! S. u. Anm. 13.

12) Sonst würde das in § 747 BGB enthaltene Verfügungsverbot in Frage kommen.

13) Vgl. bereits im römischen Recht l. 7 pr. Dig. in quibus causis (20, 2). — Im Wesentlichen fehlt also nur bei verpachteten Mobilien ein gleicher Schutz (z. B. in Ansehung der Thierjungen). Aber wer würde ihn nach dem modernen Hand-wahre-Handprinzip hier durchgreifend gestalten wollen?! Und würde er nicht auch bei Miteigenthum ganz ähnlich versagen? Denn Diebstahl und unfreiwilliger Verlust stehen doch nicht, sondern lediglich kontraktwidrige Verfügungen des Pächters in Frage.

14) S. auch schon für das bisherige gemeine Recht Dernburg, Pandekten I § 268 lit. b, insbesondere zu N. 10ff. u. 17.

selben Umfang, in welchem auch die Verfolgung des Eigenthums im Bürgerlichen Gesetzbuch grundsätzlich zugelassen wird (vgl. §§ 1227, 1257). Insbesondere kann er schon nach § 561 Abs. 2 eine Zurückschaffung der Früchte auf das Grundstück durchsetzen, und aus dem Pfandrecht sich nach seinem Altersrange (vgl. §§ 1208—1209) vorzugsweise, und nöthigenfalls im Zwangsverfahren, vor andern Gläubigern des Pächters befriedigen. Nur soweit diese Rechte des Verpächters nicht berührt werden, hat also der Pächter an den Früchten ein Verfügungsrecht. Z. B. kann er seinen Antheil an denselben, sowie auch reale Quantitäten veräußern, sofern er sie nur bis zur Befriedigung des Verpächters auf dem Grundstücke beläßt. Ja nach § 560 kann der Verpächter der Entfernung solcher Quantitäten von dem Grundstück dann nicht widersprechen, wenn sie im regelmäßigen Geschäftsbetrieb des Pächters oder den gewöhnlichen Lebensverhältnissen entsprechend vor sich geht, z. B. wenn die Früchte zum Verkauf bestimmt sind[15]), und dieser einige Zeit nach der Ernte erfolgt, oder wenn die zurückbleibenden Früchte[16]) offenbar zur Sicherung des Verpächters ausreichen. Letzterer kann sich also die Kontrole der Richtigkeit der Quote nur erhalten, wenn er von dem Kontrolrecht unmittelbar nach der Ernte oder gar schon während derselben Gebrauch macht. Er kann die Früchte mittelst seines Pfandrechts nicht zu dem Zwecke auf dem Grundstück zurückhalten, um sich der Richtigkeit der Quotentheilung zu versichern. Auch eine Benachrichtigungspflicht des

15) Nicht zur Einsaat oder zum eigenen Wirthschaftsgebrauch des Pächters (z. B. als Viehfutter). Hierüber, sowie über den maßgebenden Zeitraum von der Ernte ab entscheidet das Gericht unter Berücksichtigung der Umstände des Falls nach freiem Ermessen.

16) Aber abzüglich der zum Wirthschaftsbetrieb (Einsaat ꝛc.) erforderlichen Früchte, die der Pächter aus seinem eigenen Antheile entnehmen muß. Denn er ist zur ordnungsmäßigen Bewirthschaftung verpflichtet. Vgl. § 12 vor Note 5.

Pächters gegenüber dem Grundeigenthümer, daß die Ernte bevorstehe, ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht anzuerkennen, und wird sich ein allgemeines Gewohnheitsrecht von diesem Inhalt nicht bei uns behaupten lassen. Der Eigenthümer ist in dieser Hinsicht auf seine eigene Wachsamkeit angewiesen, und es wird, da doch die Zeit der Reife oder des Verfalls der Früchte im Allgemeinen feststeht, damit auch nicht zuviel von ihm verlangt. Uebt er das ihm zustehende Kontrolrecht rechtzeitig aus, so kann er zweifellos der Quotenbildung beiwohnen und sich von dem Bestande des Gesammtertrages wie von der Richtigkeit der Theilung überzeugen. Soweit er Hindernisse dabei findet, gibt das Gesetz ihm weitere Schutzmittel an die Hand. So kann er, wenn der Pächter ihn nicht zuläßt, zum Zweck der Ueberzeugung von der Richtigkeit der ihm gemachten Angaben[17]) den Anspruch auf Besichtigung erheben (actio ad exhibendum) § 809 BGB, — ein Recht, das weder auf Sachen gewisser Art (Immobilien), noch auf Behauptung eines dinglichen Anspruchs in Ansehung der zu besichtigenden Sachen im Sinne des erforderlichen Exhibitionsinteresses beschränkt ist. Daß überhaupt in unserem Fall ein ausreichendes Interesse des Verpächters an der Vorlegung vorhanden ist, steht außer Zweifel.

Ingleichen hat der Pächter, welcher einen solchen Fruchtertrag bezw. einen Antheil von der Ernte als Pachtzins abzuliefern hat, dem Grundherrn ein Verzeichniß des Bestandes vorzulegen und unter Umständen, d. h. wenn Grund zur Annahme besteht, daß das Verzeichniß nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt sei, auf Verlangen des Verpächters den Offenbarungseid zu leisten[18]) (§ 260).

17) Vgl. darüber Anm. 18ff.

18) Wegen geringfügiger Differenzen besteht eine Verpflichtung des Pächters zur Leistung des Offenbarungseides nicht. S. § 260 i. f. jcto § 259 Abs. 3. — In Betreff der Eidesleistung s. § 261.

Der Pächter hat seinem Verpächter in der von ihm geschuldeten Quote des Fruchtertrags jedenfalls einen „Inbegriff von Gegenständen herauszugeben" und mindestens über den Bestand dieses Inbegriffes Auskunft zu ertheilen. Dadurch wird die Verflichtung zur Vorlage des Verzeichnisses und etwaigen eidlichen Bekräftigung des letzteren selbständig begründet[19]). In Verbindung mit der vorher besprochenen Pflicht des Pächters, dem Grundherrn unter Umständen die Besichtigung der Ernte zu gestatten, wird hierdurch eine genügende Kontrole des Fruchterträgnisses ermöglicht. So kann man sagen, daß die Theilpacht auch in diesem Punkte niemals gründlicher geregelt war, als nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, so daß das letztere auch in dieser Hinsicht durchaus auf der Höhe seiner sozialen Aufgabe steht. Allerdings gibt es auch industrielle Pachtverhältnisse[20]), auf welche diese Anordnung nicht immer zutrifft. Auch ein Hôtel kann gegen Antheil am Gewinn verpachtet werden, oder eine Fabrik oder ein sonstiges gewerbliches Etablissement; und der Gewinnantheil des Verpächters, welcher als Vergütung für die Ueberlassung zur Ausbeutung des Pachtobjekts bedungen ist, wird hier nicht selten vom Reinertrag des Unternehmens (also nach Abzug der Unkosten) zu berechnen sein. Aber auch wenn dieses nicht der Fall sein sollte, so besteht er doch hier fast ausschließlich in einem gewissen Geldbetrage[21]), — jedenfalls nicht in einem Inbegriff von Gegenständen im Sinne des § 260, über welche man dem Pächter ein Bestandsverzeichniß ansinnen kann. Vielmehr paßt diese Vorschrift hier

19) § 260 normirt die Voraussetzungen des von ihr aufgestellten Gebots selbständig, geht also weiter als § 259 in Ansehung der Rechnungspflicht.

20) S. darüber noch unten § 20.

21) S. über die Unterscheidung von Rohertrag, Bruttowerth- und Reinertrag des Näheren unten § 30.

ebenſowenig, wie ein geſetzliches Pfandrecht des Verpächters am Ertrag des Pachtgegenſtandes beſteht, da § 585 das Pfandrecht ausdrücklich auf die Früchte eines landwirthſchaftlichen Grundſtückes beſchränkt. Der Pächter kann hier alſo über den Ertrag verfügen und iſt nur dem Verpächter zur Zahlung der entſprechenden Gewinnquote (alſo eines Werthquantums) verpflichtet. Das Kontrolrecht des Verpächters fällt hier unter den Begriff eines Anſpruchs auf Rechnungslegung; und für dieſe ſtellt § 259, wie wir (Anm. 19) geſehen haben, keine allgemein durchgreifende Vorſchrift auf, ſondern bezieht ſich lediglich auf anderweitig exiſtirende Normen des bürgerlichen Rechts, welche die Pflicht zur Rechnungslegung ausſprechen. Daß eine ſolche aber (abgeſehen von etwaiger beſonderer Verabredung der Parteien) hier nicht exiſtirt, liegt auf der Hand. Das Nähere der hieraus ſich ergebenden Schwierigkeiten und ihre Löſung iſt für ſpäter, wo von induſtriellen Partiarverhältniſſen in anderem Zuſammenhang die Rede iſt[22]), vorzubehalten. Hier genügt zu konſtatiren, daß die bloße Vereinbarung der Parteien, es ſolle dem Verpächter vom Gewinn des Unternehmens ein beſtimmter Prozentſatz als Vergütung abgegeben werden, eine Rechnungspflicht des Pächters im Sinne des § 259 BGB nicht involvirt[23]). Es liegt in dieſer differenten Regelung allerdings eine gewiſſe Inkongruenz, namentlich da (wie wir ſpäter ſehen werden) das Kontrolrecht Desjenigen, der aus induſtriellen Unternehmungen Tantième fordern kann, auch nicht in anderer Weiſe poſitiv geregelt iſt. Aber die Praxis hat ein ſolches, wie früher ſchon bei Theilpacht[24]), doch in ge-

22) Beim Quotaldienſtvertrage. S. unten den dritten Abſchnitt, insbeſondere § 32 nach Note 5 ff.

23) Vgl. auch a contrario § 716 BGB. Der Verpächter iſt nicht Geſellſchafter.

24) Vgl. oben § 13 (vor Anm. 6).

wissem Umfang anerkannt, so daß erhebliche Mißstände noch nicht hervorgetreten sind. Auch ist aus allgemeinen Grundsätzen zu folgern, daß, wenn der Unternehmer oder Pächter mit der Quotalzinsberedung auch keine eigentliche Rechnungspflicht auf sich genommen hat, er dem Verpächter doch wenigstens insoweit Auskunft schuldet, als dessen Anspruch auf Vergütung ohnedies ganz illusorisch sein würde. Daraus ergibt sich eine ähnliche Regelung dieses Verhältnisses, wie wir sie später bei den partiarischen Kontrakten der in kaufmännischen Betrieben gegen Tantième Angestellten noch kennen lernen werden[25]). Danach kann der Verpächter allerdings die Vorlegung der Bilanz oder einer ähnlichen Zusammenstellung über Ab- und Zugang (also das Gewinn- und Verlustkonto) in Sachen des Betriebs verlangen und hat in gewissem Umfang auch ein Recht darauf, die Richtigkeit der dort gemachten Angaben nachzuprüfen. Aber in keinem Falle ist der Pächter unter dem Titel der Auskunfts- oder Rechnungspflicht zu einer Aufdeckung seiner gesammten geschäftlichen Beziehungen im Wege Rechtens anzuhalten. Nur wenn sich Umstände ergeben, welche auf eine absichtliche Schädigung des Verpächters durch Aufstellung erheblich übersetzter Posten oder auf einen sonstigen Mißbrauch schließen lassen, wird der Verpächter weitere Auskunft fordern dürfen, in Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Auslegung der Verträge nach Treu und Glauben und nach ihrem wahren Sinne[26]) (§§ 133, 157 BGB).

---

25) Dieselbe Analogie besteht betreffs des Zeitpunktes der Auskunftspflicht sowie der Fälligkeit der Tantièmeforderung in diesem Falle. S. unten §§ 31 ff.

26) Vgl. auch Entsch. d. RG v. 24. Okt. 1891 I 181/91 bei Bolze Praxis des Reichsgerichts Bd. 13 N. 182.

§ 16.

e) Mißwachs und sonstige Unglücksfälle.

Verschiedene ältere Gesetzgebungen schreiben vor, daß bei der Theilpacht von einem Nachlaß am Pachtzinse (remissio mercedis) wegen außerordentlicher Unglücksfälle, die den Fruchtertrag vernichten oder erheblich schmälern, nicht die Rede sein könne. Gewiß mit gutem Grund. Denn mit der Minderung des Ertrags tritt hier von selbst schon eine Minderung des Pachtzinses ein, und von einem daneben stehenden Ermäßigungsrecht kann nicht die Rede sein. Die Sache liegt hier ebenso wie bei der oben besprochenen Schmälerung des Fruchtertrags durch Mängel der Sache[1]). In diesem Sinne sagt l. 26 § 6 Dig. locati (19, 2), daß der partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur. Gerade das ist ja das Eigenthümliche der partiarischen Rechtsgeschäfte, daß Gewinn und Schaden ganz von selbst verhältnißmäßig zu Gunsten und zu Lasten beider Parteien eintreten, und diese Vertheilung besteht fort, obschon der Remissionsanspruch als solcher für das Pachtverhältniß im Bürgerlichen Gesetzbuch beseitigt ist[2]). Sie bethätigt sich, mögen die Früchte noch stehen oder vom Boden getrennt, oder mögen sie gar schon vom Pächter perzipirt sein. Ebensowenig ist für die verhältnißmäßige Vertheilung erforderlich, daß der Unfall, der den Fruchtertrag vernichtet oder gemindert hat, ein außerordentlicher sei, wenn nur der Pächter ihn nicht nach allgemeinen Grundsätzen vertreten muß. Hiernach tritt eine Aenderung schon dann ein, wenn der Pächter sich mit der Theilung oder mit Ablieferung der dem Verpächter zugewiesenen Quote im Verzug befindet, sodaß auch hier der Eintritt des Verzuges die Gefahr auf

1) S. oben § 12 am Ende.
2) Vgl. Motive Bd. 2 S. 424 ff.

den säumigen Schuldner überwälzt. Es handelt sich in dieser Beziehung um die gewöhnlichen Folgen der Verletzung einer dem Pächter obliegenden obligatorischen Verpflichtung; daher sich letzterer denn allerdings auch hier durch den Nachweis befreien kann, daß der Verlust auch bei rechtzeitiger Vornahme der Theilung und Ablieferung für den Gläubiger eingetreten wäre (vgl. § 297 BGB).

§ 17.

f) Endigung des Pachtverhältnisses.

Die Theilpacht endigt, wenn ein Endtermin bestimmt war, mit Ablauf der vertragsmäßigen Zeit von Rechtswegen (§ 564 Abs. 1, § 581). Ist keine feste Dauer des Pachtvertrages ausgemacht, so steht er auf Kündigung beider Theile; d. h. sowohl der Pächter als der Verpächter sind berechtigt, das Pachtverhältniß jederzeit durch eine dahin gehende Erklärung abzubrechen. Doch ist die Kündigung bei Pacht von Grundstücken und Rechten nur für den Schluß des vollen Pachtjahrs zulässig (§ 595). Auch ist (und zwar in allen Fällen) die gesetzliche Kündigungsfrist einzuhalten, welche im Falle des § 595 rund ein halbes Jahr, bei verpachteten Mobilien dagegen nur drei Tage beträgt (§ 565 Abs. 2). In dieser Hinsicht, wie in Ansehung der relocatio[1]), gelten die allgemeinen Grundsätze der Pacht.

Die Kündigung kann übrigens unter gewissen Umständen auch vorzeitig erfolgen, freilich nicht in so weitem Umfange, wie bei der Miethe (s. § 596). Soweit die vorzeitige Kündigung zulässig ist, muß unterschieden werden, ob sie nur unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist, oder auch ohne solche erfolgen darf. Im ersteren Falle ist sie bei Grundstückspacht und der Ver-

1) Vgl. l. 13 § 11, l. 14 Dig. locati (19, 2) und heute §§ 568, 581 Abs. 2 BGB.

pachtung von Rechten ebenfalls nur für den Schluß eines Pachtjahrs zulässig, und zwar so, daß die Kündigung spätestens am ersten Werktage des letzten halben Jahrs geschehen darf (§ 595). Dadurch werden zweckmäßig die vielen Weiterungen abgeschnitten, die sich aus der Lösung des Pachtverhältnisses im Laufe eines Wirthschaftsjahrs ergeben. Bei Mobilien liegt ein derartiges Bedürfniß nach Ansicht des Gesetzes nicht vor. Die Kündigungsfrist beträgt hier nur drei Tage. — Vom Falle des § 567 abgesehen[2]), ist in dieser Weise eine vorzeitige Kündigung und Auflösung des Pachtverhältnisses zulässig, wenn der Pächter in Konkurs gerathen ist, und zwar sowohl von Seiten des Verpächters als des Konkursverwalters[3]) (§ 17 Ziff. KO). Desgleichen kann beim Tod des Pächters dessen Erbe das Verhältniß nach Maßgabe des § 569 aufkündigen. Dies rechtfertigt sich daraus, daß er vielleicht der für die Bewirthschaftung nothwendigen Kenntnisse ermangelt oder wegen anderweitiger Beschäftigung außer Stande ist, die Wirthschaft fortzusetzen. Gleichwohl wird bei der Theilpacht die Kündigung seltener als sonst erfolgen. Denn es liegt gerade eigenthümlich in der Natur dieses Verhältnisses begründet, einen erblichen Pächterstand heranzubilden, indem der Vater meist bei seiner Wirthschaft, um diese recht er-

2) Vorzeitige Kündigung des auf bestimmte Dauer eingegangenen Vertrages ist dann zulässig, wenn die Vertragsdauer über Gebühr hinaus festgesetzt war. Ueber 30 Jahre soll kein Theil gebunden sein. Es könnten sonst auf diesem Wege die feudalen Institutionen der Erbpacht ꝛc. vertragsmäßig wieder eingeführt werden. Doch kann der Vertrag für die Lebensdauer der Parteien bindend eingegangen werden (§ 567). — Ueber den Fall der Nichtbeobachtung der Schriftform bei Pachtverträgen über Grundstücke von längerer als einjähriger Dauer s. § 566 BGB u. oben § 11.

3) Kündigt der Konkursverwalter, so kann Verpächter Schadensersatz wegen der vorzeitigen Auflösung des Vertrags verlangen. — In beiden Fällen tritt übrigens eine etwa bedungene kürzere Kündigungsfrist an Stelle der gesetzlichen.

giebig zu machen, die Familie schon bei seinen Lebzeiten zur Hülfe heranzieht. Die Kinder werden daher meist geneigt sein, die liebgewordene Beschäftigung fortzusetzen. Auf der anderen Seite wird auch der Verpächter die ihm bekannte Familie gern behalten, und bedarf es daher hier kaum des für gewöhnliche Pachtverhältnisse allerdings wichtigen Verbots, daß der Verpächter wegen des Tods des Pächters nicht kündigen kann § 596 Abs. 2[4]). Im Einzelnen genügt es, wenn auch nur einer der Erben des Pächters die Wirthschaft übernehmen resp. fortsetzen will. Dagegen ist zu Gunsten des Verpächters Vorsorge getroffen, daß die Kündigung der Erben, wenn sie davon Gebrauch machen wollen, alsbald erfolge. Die Kündigung ist daher nur zu dem ersten nach dem Erbfall überhaupt zulässigen Kündigungsziel[5]) statthaft, später nicht mehr (§ 569). Wer die Pacht freiwillig fortsetzte, kann sich nicht beschweren, wenn er später daran festgehalten wird[6]).

Dagegen kommen die Fälle eines *vorzeitigen Kündigungsrechtes ohne Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist* einem *gesetzlichen Rücktritt* der Parteien von der Pacht gleich[7]). Die gewöhnlichen Bestim-

---

4) Das ist die einzig richtige Lösung, welcher weder die Sozietätstheorie mit ihrer absoluten Auflösung des Verhältnisses beim Tode des Kolonen gerecht wurde, da sie vielmehr dem Bedürfniß der Stabilität der landwirthschaftlichen Verhältnisse direkt widersprach, noch auch die Lokationstheorie nach Maßgabe des bisherigen Rechts, wonach der Tod des Pächters gar keinen Einfluß auf den Fortbestand des Vertrages äußerte, und somit Frau und minderjährige Kinder oft vor eine Aufgabe gestellt wurden, der sie in keiner Hinsicht gewachsen waren.

5) S. über die Kündigungszieler zu Anfang dieses Paragraphen.

6) Der Tod des locator ist bei Miethe und Pacht völlig bedeutungslos.

7) Durch das Erforderniß der „Kündigung" ist einmal klargestellt, daß es einer *formellen Rücktrittserklärung* bedarf, und anderseits, daß die Auflösung des Vertrags *mit dieser Erklärung*,

mungen des Rücktritts von gegenseitigen Verträgen, wie sie in §§ 323 ff. BGB enthalten sind, reichen hier nicht aus, da sie die Hauptfälle theilweiser Nichtgewährung des kontraktmäßigen Gebrauchs in Folge unverschuldeter Unmöglichkeit und Manches Andere hier nicht treffen würden; es ist daher das Rücktrittsrecht nach dem Vorgang älterer Rechte entsprechend erweitert worden. Danach hat es

1. der Pächter, wenn ihm in Folge eines Fehlers des Pachtobjekts oder eines Mangels im Rechte des Verpächters[8]) oder wegen thatsächlichen Eingriffs Dritter nach Maßgabe der obigen Grundsätze[9]) der vertragsmäßige Gebrauch der Sache oder eines erheblichen Theils nicht oder nicht rechtzeitig gewährt oder wiederentzogen wird (§ 542). Doch muß der Pächter dem anderen Kontrahenten eine angemessene Frist zur Beseitigung des Uebelstandes setzen; es sei denn, daß die spätere Abhülfe für den Pächter kein Interesse hat. Der Regel nach ist also hier die Ausübung des Rücktrittsrechts erst nach fruchtloser Aufforderung zur Abhülfe zulässig. Daß geringfügige Vorenthaltungen und Hinderungen dem Pächter nur in seltenen Fällen (beim Nachweis eines besonderen Interesses) ein Rücktrittsrecht gewähren (§ 542 Abs. 2), ist schon erwähnt. Der Pächter wird nachweisen müssen, daß der Kontrakt in Folge jenes Umstands seinen Zweck für ihn verloren hat. Wird das schon für gewöhnlich nicht leicht sein, so noch viel weniger

---

nicht durch den Richterspruch über das Vorliegen des betreffenden Rücktrittsgrundes eintritt.

8) Fälle der Sach- und Rechtsgewährleistung.

9) Vgl. §§ 12 u. 13. Also insbesondere unter der Voraussetzung der Rechtserheblichkeit des Mangels nach Maßgabe der §§ 537 ff., 539 ff., 542 Abs. 2 (nur bei gesundheitsschädlichen Wohnungen ist aus sozialpolitischen Gründen verfügt, daß die vorherige Kenntniß des Miethers von der Mangelhaftigkeit der Wohnung oder ein förmlicher Verzicht auf diese Rüge das Rücktrittsrecht nicht ausschließt. § 544).

bei der Theilpacht, wo jeder Nachtheil ohnehin pro parte auf den Verpächter selbst zurückfällt. Dagegen kommt es für das Rücktrittsrecht nicht darauf an, ob der störende Umstand vom Verpächter verschuldet oder im allgemeinen Sinne von ihm zu vertreten ist. In dieser Hinsicht geht das Rücktrittsrecht weiter als bei den anderen gegenseitigen Verträgen und steht den Grundsätzen der a. redhibitoria beim Kaufe nahe (s. auch § 543).

Unter diesen Gesichtspunkt fallen auch die Umstände, welche — wie Untergang der Pachtsache, Enteignung, Grundstückszusammenlegung 2c. — früher von manchen Gesetzgebungen besonders als Endigungsgründe des Verhältnisses aufgezählt zu werden pflegten; ja es ist schon darauf hingewiesen worden, daß unter Umständen selbst Konjunkturen, die den bedungenen Gebrauch oder die kontraktmäßige Nutzung der Sache unmöglich machen, in dieser Weise den conductor zum Rücktritte berechtigen[10]). Gleichwohl ist hier eine genaue Grenze zu ziehen. Nur wenn die Konjunktur die Sache d. i. die lokative Ueberlassung selbst betrifft — nicht blos die subjektive Nutzungsmöglichkeit des Pächters unterbindet[11]) — gibt sie in dieser Weise einen Grund des Rücktritts ab; auch kommen nur die Hindernisse in Betracht, welche den vertragsmäßigen Gebrauch der ganzen oder eines Theils der Sache selbst betreffen, nicht diejenigen, welche ohne Schmälerung dieser Gebrauchs- und Nutzungsmöglichkeit nur den Ertrag vermindern. So wird z. B. Krieg, feindlicher Ueberzug, der keinerlei Bebauung des Pachtgrundstückes zuläßt, einen Rücktrittsgrund abgeben, nicht aber Konjunkturen, die dem Pächter Gebrauch und Nutzung freilassen, aber die Einkommensfähigkeit der Sache mindern: wie z. B. ein Mißwachs, — ein schlechter Sommer

10) S. die oben § 13 Anm. 1 erwähnten Beispiele.

11) Z. B. er miethet ein Lokal zur Ausübung des Schankgewerbes und hinterher wird ihm die Konzession als Wirth entzogen.

bei der Pacht einer Gartenwirthschaft, — Krieg oder Krisen für die Pächter von Meßbuden oder Badehäusern, sofern die Abhaltung der Messe oder die Benutzung jener Einrichtungen nur möglich und erlaubt war.

2. Auf der anderen Seite hat der Verpächter ein Rücktrittsrecht wegen vertragswidriger Benutzung des Pachtobjekts durch den Kolonen oder seinen Substituten[12]), nachdem er ihn ermahnt und dessenungeachtet die vertragswidrige Benutzung fortgesetzt worden ist (§§ 550, 553 BGB). Zu der vertragswidrigen Benutzung gehört beim Pächter auch das Unterlassen der ihm obliegenden Reparaturen[13]) sowie der Erhaltung und Ergänzung der Inventarstücke, soweit sie ihm zur Last fallen. Nicht minder aber auch eine Aenderung der wirthschaftlichen Bestimmung des Pachtgrundstücks ohne die Erlaubniß des Verpächters, insofern sie nach landwirthschaftlichen Grundsätzen über die Pachtzeit hinaus von Einfluß auf das Grundstück sein würde[14]). Dann aber muß insbesondere der Theilpächter kultiviren[15]), weil davon der dem Eigenthümer gebührende Pachtschilling abhängt[16]). Unterläßt er also die Bebauung schuldhafter Weise, so kann

12) Bezw. wenn der Pächter sich unerlaubter Weise einen solchen Substituten bestellt, statt selbst zu wirthschaften. S. darüber §§ 549, 596 und oben § 14. Der Fall ist in § 553 besonders erwähnt.

13) S. §§ 582, 586 ff. BGB und oben § 12. Uebrigens muß die Vernachlässigung bezw. die Verletzung nach § 553 erheblich sein, damit sie den andern Theil zum Rücktritte berechtigt.

14) S. § 583 und oben § 14.

15) Unter Umständen muß dies sogar ein gewöhnlicher Pächter, widrigenfalls er ausgetrieben werden kann. Nämlich insoweit das Pachtobjekt durch die Nichtbenutzung verschlechtert wird. Cf. l. 54 § 1 Dig. locati (19, 2): veresimile esse, ita convenisse de non expellendo colono intra tempora praefinita, si pensionibus paruerit et, ut oportet, coleret. S. auch Kohler, Ueber die Verpflichtungen des Pächters eines Geschäftsetablissements im Arch. f. d. civilist. Praxis Bd. 71 S. 397 ff.

16) S. über die Kulturpflicht des colonus partiarius oben § 15.

der dominus sofort von dem Vertrag zurücktreten; er braucht nicht erst (nach § 554) zwei Jahre Zinsrückstand abzuwarten bis er kündigen kann. Die letzte Vorschrift bezieht sich nur auf wahre Rückstände, nicht auf Fälle, wo die Leistungspflicht des Pächters überhaupt in quali und in quanto durch die Säumniß in Frage gestellt wird. Der § 554 hat nur gewöhnlichen Verzug im Auge, während hier durch das vertragswidrige Verhalten des Pächters eine Unmöglichkeit der Pachtzinsleistung eintritt. Die Gefahr der letzteren läuft der Verpächter aber nur auf Grund von Umständen, die der Pächter nach allgemeinen Regeln nicht zu vertreten hat. — Dadurch wird übrigens die Anwendbarkeit des § 554 auf die Theilpacht nicht in allen Fällen ausgeschlossen. Vielmehr findet sie statt, wenn beispielsweise der Kolon mit Ablieferung der wirklich gezogenen Früchte für zwei Pachttermine im Rückstand bliebe, oder — was öfter vorkommt — mit den Nebenleistungen (Aufgeld, Diensten), die als Theile des Pachtzinses bedungen sind[17]), für diesen Zeitraum in Verzug geräth. Eine Unterschlagung der Früchte durch den Kolonen würde dem dominus neben den gewöhnlichen Ansprüchen auf Schadensersatz ꝛc. unter Umständen auch nach dem allgemeinen Grundsatz des § 326 ein Rücktrittsrecht gewähren, insofern die Fortsetzung des Vertrags mit einem ungetreuen Kolonen nach Lage der Sache für den Herrn gar kein Interesse mehr hat (vgl. Abs. 2 eod.).

Daß die Veräußerung oder Belastung des Pachtobjekts in der Regel keine Beendigung des Vertragsverhältnisses herbeiführt, wenn der Pächter einmal in den Besitz des Gegenstandes gekommen ist — oder selbst vorher, wenn der Erwerber des letzteren die Pacht dem früheren Eigenthümer gegenüber besonders übernommen hat — ist ein für

17) Vgl. oben § 10.

Miethe und Pacht nach dem System des Bürgerlichen Gesetzbuchs jetzt allgemein geltender Grundsatz [18]). Auf dessen Tragweite bei Liegenschaften und Mobilien als Gegenstände der locatio-conductio ist hier um so weniger einzugehen, als ich mich darüber schon kürzlich anderwärts verbreitet habe [19]). Es handelt sich hier überhaupt nicht um Verhältnisse, die der Theilpacht eigenthümlich sind: an wen der Pächter seine Fruchtquote abliefern muß, kann ihm regelmäßig gleichgültig sein. Er ist nicht an der Person des Herren interessirt, wie jener an den Eigenschaften des Kolonen. Auch das Kontrolrecht des dominus ist in dieser Hinsicht nicht von Belang. Die Grenzen, in denen dem Verpächter ein Recht des Eingriffs in die Thätigkeit des Kolonen zusteht, sind an sich eng gezogen und stehen jedenfalls in fester Weise unter den Grundsätzen der bona fides und des Ortsgebrauchs, sodaß die Ausübung durch einen anderen Herrn ihren Inhalt nicht wesentlich modifizirt. Wie daher der Kolon einen Eigenthums- und Herrenwechsel durch Erbfall ertragen muß, so auch den vorliegenden durch Verkauf. Noch weniger relevirt eine Belastung des Pachtobjekts, sofern durch letztere dem Kolonen der vertragsmäßige Gebrauch der Pachtsache nicht entzogen oder geschmälert wird.

Dagegen kann auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine Entsetzung oder Beschränkung der Rechte des Kolonen eintreten, wenn derselbe sich zur Zeit des Eigenthumswechsels ꝛc. noch nicht im Besitze des Pachtobjekts befand [20])

18) Vgl. §§ 571—579, § 968 Abs. 2 BGB.

19) S. Crome, Die juristische Natur der Miethe nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (1896). Auch in Jhering's Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 37 S. 1. Im gleichen Sinne jetzt auch Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch (1897) S. 51—54.

20) Daß er in dem Besitz, wenn er ihn einmal hatte, fortdauernd verblieben sei, ist nur bei Mobilien erforderlich. S. meine in Anm. 19 cit. Abhandlung S. 34, 57, 60 ff.

und der Dritte in seinem Vertrag mit dem Verpächter das Pachtverhältniß nicht besonders übernommen hat (§ 578). Auch wird die Pacht nur bei freiwilliger Veräußerung des Pachtobjekts erhalten. Zwar kann auch in der Zwangsvollstreckung unter Umständen das Grundstück mit Uebernahme der bestehenden Pacht- und Miethverhältnisse zugeschlagen werden, aber wenn sich unter dieser Bedingung kein so günstiges Gebot ergibt, so erfolgt der Zuschlag ohne diese Klausel[21]) und steht dem Ansteigerer alsdann das Recht zu, das Mieth- oder Pachtverhältniß unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zu kündigen[22]). Das bedeutet für die Grundstückspacht, daß eine Kündigung nur für den Schluß des Pachtjahres unter sechsmonatlicher früherer Aufsagung zulässig ist (§ 595 BGB), — ein wichtiges Schutzmittel des Pächters, durch welches insbesondere auch bei der Theilpacht die meisten Schwierigkeiten, sowohl in Ansehung der eventuell dem Pächter gebührenden Entschädigung[23]) als des dem Ansteigerer zustehenden Pachtzinsanspruchs, hinweggeräumt werden. Aehnliche Grundsätze gelten auch beim Konkurse des Verpächters. Hier hat der Konkursverwalter das Recht, das Pachtobjekt freihändig zu veräußern, und wirkt diese Veräußerung in Ansehung der Rechte

21) Hierüber sowie über die in Folge dessen unter Umständen erforderliche zweimalige Ausbietung des Grundstücks mit und ohne Uebernahme des Pachtvertrages im Allgemeinen vgl. meine Ausführungen a. a. O. S. 48 ff. und neuerdings §§ 9 Ziff. 2, 57, 59 ꝛc. des RG v. 24. März 1897 über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.

22) Die Kündigung ist ausgeschlossen, wenn sie nicht für den ersten Termin erfolgt, für den sie zulässig ist. § 57 Satz 3 des Zwangsvollstreckungsgesetzes. Der Grund entspricht dem oben bei Note 5 ff. Gesagten.

23) Sie kann hiernach nur für die weiteren Pachtjahre in Frage kommen. Hier aber greift in vielen Fällen wiederum die Vorschrift des § 566 ein, wonach mangels Beobachtung der Schriftform der Pächter überhaupt kein Recht auf Fortsetzung des Vertrages hat.

des Kolonen wie eine Zwangsversteigerung (§ 17 Ziff. 2 KO). Der Konkursverwalter kann somit die günstigste Veräußerung — mit oder ohne Uebernahme des Mieth- und Pachtverhältnisses — vornehmen, und demgemäß muß sich der Pächter eventuell die Kündigung auch seitens des freihändigen Erwerbers nach Maßgabe der obigen Grundsätze gefallen lassen.

§ 18.

g) Rückgabe des Gegenstandes.

Nach Ablauf der Pachtzeit hat der Pächter den gepachteten Gegenstand zurückzugeben (vgl. §§ 556, 581 Abs. 2 BGB), und zwar selbstredend mit dem Inventar, falls das Pachtgut mit einem solchen versehen war, und in vertragsmäßigem gutem Zustande. Was dazu gehört, darüber s. oben § 12[1]). Bei landwirthschaftlichen Grundstücken, die verpachtet sind, wird insbesondere die Rückgabe in einem Zustande verlangt, wie er sich bei fortgesetzter ordnungsmäßiger Bewirthschaftung des Grundstücks während der Pachtzeit ergibt. Hat also der Pächter das Grundstück in verwahrlostem Zustand übernommen, so muß er es möglicherweise in besserem Zustande zurückgeben, als er es empfing (§ 591). Bei Theilpacht läßt sich dieser Satz insofern verallgemeinern, als hier der Pächter durchgehends zur zweckentsprechenden Kultur des Pachtobjekts verpflichtet ist. Diese Verpflichtung bezieht sich zwar in erster Linie auf die ordnungsmäßige Pachtzinsleistung, muß sich aber, da sie einmal besteht, auch für die Rückgabe des Gegenstandes bewähren. Im Weiteren hat der Pächter eines Landguts bei dem Abzug von den landwirthschaftlichen Erzeugnissen soviel zurückzulassen, als zur Fortführung der Wirthschaft bis zu dem Zeitpunkte erforderlich ist, wo gleiche oder ähnliche Erzeugnisse voraussichtlich gewonnen werden können, und zwar

1) Vgl. §§ 548, 582 ff. BGB.

ohne Rücksicht darauf, ob er seinerseits beim Antritte der Pacht solche Erzeugnisse vorgefunden hat, oder nicht (§ 593). Die hiernach zurückzulassenden Produkte hat der Theilpächter (in gleicher Weise wie die Aussaat) aus der eigenen Quote der Erträgnisse zu nehmen; es handelt sich um eine spezielle Verpflichtung seinerseits aus dem Pachtverhältnisse. Doch hat er dieserhalb einen Ersatzanspruch gegenüber dem Verpächter, wenn er mehr oder bessere Erzeugnisse zurücklassen muß, als er beim Antritt seiner Pacht empfing (§ 593 Abs. 2). Der Ersatzanspruch geht auf den Werth des mehr Zurückzulassenden. Er kann also auch bei Theilpacht nicht dadurch befriedigt werden, daß der Verpächter das Plus aus seiner Quote zuschießt. Doch kann der Herr wohl dem Kolonen die bezeichnete Verpflichtung (ganz oder zum Theil) erlassen und das Manko aus seiner Quote decken. Sonst aber berühren diese Verpflichtungen die partiarische Seite des Kontrakts nur wenig; letztere tritt erst dann bedeutsam hervor, wenn das Verhältniß im Laufe eines Pachtjahrs endigt. Eine solche irreguläre Endigung sucht zwar das Gesetz, soweit irgend möglich, zu vermeiden, indem die Kündigung regelmäßig bei der Pacht von Grundstücken und Rechten nur zum Schlusse eines Pachtjahrs gestattet wird, und zwar selbst dann, wenn ein vorzeitiger Rücktritt, jedoch unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist erfolgen darf[2]). Dagegen ließ sich das System natürlich in Fällen des sofortigen Rücktrittsrechts nicht durchführen, wenn nicht die Wirkung dieses Rechts selbst illusorisch werden sollte, und so ergibt sich gerade hier die Schwierigkeit, die Rechte des Verpächters auf die Quote richtig zu bestimmen. Ihm steht entgegen auf der anderen Seite das Recht des Pächters auf die Früchte, die er erhalten haben würde, wenn das Pachtjahr ausgehalten wäre, und die er

2) Vgl. oben § 17.

nun nach Maßgabe der in § 101 Ziff. 1 BGB sanktionirten römischen Rechtsregel über den Fruchtbezug verliert[3]). Danach entscheidet für die Vertheilung der natürlichen Früchte[4]) zwischen den mehreren im Laufe der Fruchtperiode successiv Bezugsberechtigten ausschließlich der Augenblick der Trennung dieser Früchte; sodaß dieselben also demjenigen zufallen, welcher zur Zeit der Reife resp. Ernte bezugsberechtigt ist — d. i. in unserm Fall dem Eigenthümer, an welchen das Bezugsrecht nach Auflösung der Pacht zurückkehrt. Somit erhielte hier der Pächter Nichts, obschon er vielleicht den ganzen Acker bestellt und eingesäet und ihn den größten Theil des Wirthschaftsjahrs hindurch besessen und kultivirt hat. Freilich braucht er als Partiarkolon in solchem Fall auch keinen Pachtzins zu entrichten. Denn da die Quote nur von dem genommen wird, was er als Pächter erntet, so fällt mit dem Fruchtbezug auch diese Verpflichtung gleich-

---

3) Das Bürgerliche Gesetzbuch ist — nach dem Schwanken einiger Partikularrechte — bei Naturalfrüchten aus Gründen der Zweckmäßigkeit zum römischen Recht zurückgekehrt. Ueber die hierbei maßgebenden praktischen Gesichtspunkte verbreiten sich schon die Motive I. Lesung Bd. 3 S. 71 ff. 523. A. M. freilich Petražycki, Die Fruchtvertheilung beim Wechsel des Nutzungsberechtigten (1892), insbesondere S. 252 ff. In den Protokollen der II. Lesung S. 3325 wird demgegenüber ausdrücklich festgestellt, „daß von einem Antrage, die Vorschrift des Entwurfs im Sinne des deutschrechtlichen Produktionsprinzips zu ändern, Abstand genommen werde, weil man sich bei dem Versuch einer Formulirung dieses Prinzips von der praktischen Undurchführbarkeit überzeugt habe. Dagegen freilich wieder Petražycki, Die Lehre vom Einkommen I (1893) S. 331, vgl. S. 269 ff. Wenn wir fragen, auf welcher Seite die größeren Schwierigkeiten liegen, so glauben wir, daß das Bürgerliche Gesetzbuch den gangbareren Weg beschritten hat. S. auch Eck, Vorträge über den Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs I S. 33 ff.

4) Der in § 99 Abs. 1 erwähnten Erzeugnisse und sonstigen Bestandtheile der Sache, welche als Ausbeute bestimmungsgemäß aus ihr gewonnen werden. Beide übrigens auch dann, wenn sie als Früchte eines Rechtes in Betracht kommen (§ 101 Ziff. 1).

mäßig fort. Aber damit kann man doch die Sache noch nicht als erledigt betrachten. Der Pachtzins ist doch nur Aequivalent für die Vortheile des Kolonen aus der Pacht, also hier für den Theil der Früchte, welcher ihm verbleibt, während er bei vorzeitiger Endigung des Verhältnisses im Laufe einer Fruchtperiode Alles verliert und noch die Unkosten der Bestellung des Ackers und der Einsaat dazu aufgewendet hat. Daher bestimmt § 592 für diesen Fall, daß wenigstens der Pächter eines landwirthschaftlichen Grundstücks, dessen Pacht im Lauf des Wirthschaftsjahres endigt, Anspruch auf Ersatz der Kosten hat, die er nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirthschaft auf die beim Ablaufe der Pachtzeit noch nicht getrennten Früchte dieses Wirthschaftsjahres aufgewendet hat[5]), jedoch nur innerhalb des Werthbetrags der Früchte. Die Vorschrift findet Anwendung, gleichviel aus welchen Gründen der sofortige Rücktritt innerhalb des Pachtjahres erfolgt (s. oben § 17); also auch wenn der Pächter selbst zurückgetreten ist oder aus einem in seiner Person liegenden Grunde oder gar wegen kontraktwidrigen Verhaltens dem Verpächter Anlaß zum Rücktritt gab. Inwiefern der Pächter wegen Vertragsverletzung Ersatz schuldet und demzufolge die Ersatzsumme auf die Verwendungsforderung aufgerechnet werden kann, ist eine andere Frage. Indem das Gesetzbuch von der römischen Basis ausgeht, wird der Anspruch des Pächters auf Ersatz der Bestellungskosten als positive Vorschrift aus der Billigkeit aufgefaßt[6]) und demgemäß auch positiv beschränkt: erstlich indem die Ausgleichung der Produktionsaufwendung nur in dem Rahmen ordnungsmäßiger Wirthschaft und für die im Lauf des Pachtjahrs ordnungsmäßig zur Trennung gelangenden

5) „Auf die noch nicht getrennten, jedoch nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft vor dem Ende des Pachtjahres zu trennenden Früchte“ (§ 592).

6) S. auch Motive Bd. 3 S. 523.

Früchte zugestanden wird[7]), — endlich nur insoweit als in den Früchten ein Gegenwerth vorhanden ist, also der Eigenthümer durch den Fruchtbezug gewinnt. Bleibt daher der Werth der von dem Eigenthümer nach der Pachtauflösung bezogenen Früchte unterhalb der Produktionskosten, so erhält der Pächter nur den Werth der Früchte; und kommt es z. B. wegen Enteignung oder sonstiger Eingriffe von dritter Seite, die das Pachtverhältniß zur vorzeitigen Auflösung brachten, zu gar keinem Fruchtbezug, so sind die Ansprüche des Pächters aus § 592 illusorisch[8]). Wo aber ein Ersatz der Aufwendungen stattfindet, findet er in Geld statt: es handelt sich in § 592 um den Ersatz von Kosten, wenn auch jeder Pächter wohl die Einsaat aus den Körnern des vergangenen Jahres nehmen wird, in welchem er solche geerntet hat oder die er beim Beginn des Pachtverhältnisses auf dem Gute vorfand. Trotz solcher Naturalaufwendung kommt im Sinne des § 592 doch immer nur der Geldwerth der Verwendung in Betracht; um so mehr als dem abziehenden Pächter mit einer Naturalrestitution in keiner Weise gedient sein würde. Auch die eventuelle Bestimmung der Höhe des Ersatzes nach dem Werthe der demnächstigen Ernte weist auf die Nothwendigkeit des Geldersatzes hin. Derselbe muß also auch dem Theilpächter gegenüber in Geld stattfinden, obschon hier der Kolon, sofern er selbst geerntet hätte, den Pachtzins in Naturalien hätte bezahlen dürfen. Ueberhaupt greift, wenn die Pacht einmal beendigt ist, die Eigenthümlichkeit des partiarischen Verhältnisses nicht weiter Platz.

7) Also nicht für die erst später erfallenden Früchte und sonstige Ausbeute (z. B. Holzschläge, welche nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirthschaft erst viel später stattfinden).

8) Er erhält für seine Aufwendungen dann gar nichts. Bei Enteignung wird übrigens die vom Enteigner zu zahlende Entschädigungssumme auch mit Rücksicht auf derartige Aufwendungen bemessen.

Nur in einem Punkte ist sie auch jetzt nicht außer Acht zu lassen. Der Theilpächter hätte, wenn er selbst zur Ernte gekommen wäre, die Ernte nicht ausschließlich erhalten. Er hätte vielmehr dem Herrn davon die Pachtzinsquote abgeben müssen. Letztere braucht er nun bei der vorstehenden Sachlage überhaupt nicht mehr zu entrichten. Da er nichts erntet, schuldet er keinen Pachtzins. Indessen darf man billig fragen, ob er nun die gesammten Ernteaufwendungen bis zum Belauf des Werths der ganzen Ernte vom Herrn ersetzt verlangen kann, nachdem er schon von seiner Pachtzinsleistung befreit ist? Das wird man kaum bejahen. Das Prinzip des § 592 läßt sich dahin zusammenfassen, daß der Eigenthümer durch den Fruchtbezug nicht ungerechtfertigt bereichert werden soll. Da er die Früchte aus formalem Rechtsgrunde erwirbt, soll der Besteller wenigstens bis zum Belaufe der Bereicherung für seine Aufwendungen entschädigt werden. Nun hätte aber, wenn die Pacht bis zur Erntezeit fortgedauert hätte, der Herr den Theil der Früchte, der alsdann auf seine Quote entfallen wäre, ex locato erhalten: der Pächter mußte sie ihm als merces gewähren, hat also die Aufwendungen auf diesen Theil der Früchte ebenfalls loco mercedis aufgewendet. Folglich kann er denselben Theil der Aufwendung auch jetzt, bei früherer Pachtauflösung, nicht ersetzt verlangen; es handelt sich hier um eine Aufopferung, die er schon ohnehin nach dem Pachtvertrage für den Herrn vornehmen mußte. Das ist das Einzige, was untergebens von seiner Pachtverpflichtung übrig geblieben ist. Somit ergibt sich, daß die Vorschrift des § 592 BGB bei Theilpacht nur so verstanden werden kann, daß der Kolon Ersatz für seine Fruchtaufwendungen blos insoweit (nach dem Verhältnisse) verlangen kann, als er die Früchte hätte behalten dürfen, also sie nicht dem Eigenthümer als Pachtzins abzugeben hatte. Auch wenn sein Anspruch sich auf den Werth der Früchte

beſchränkt, ſo kann er danach doch nur den Werth derjenigen Früchte fordern, die ihm nach Maßgabe des Vertrags verblieben wären.

Das römiſche Prinzip gilt, wie in Note 4 ſchon angedeutet, auch bei der Pacht von Rechten, deren Inhalt auf den Bezug von Naturalfrüchten oder der ihnen gleichgeſtellten Ausbeute im Sinne des § 99 Abſ. 1 gerichtet iſt (ſ. § 101 Ziff. 1). Geht das verpachtete Recht auf andere Erträgniſſe, ſo iſt nach Ziff. 2 eod. zu unterſcheiden, ob dieſe Früchte, auf die der Pächter des Rechts nach Maßgabe des § 581 an ſich ein Anrecht hat, in unbeſtimmten Zeiträumen verfallen oder einen regelmäßig wiederkehrenden Ertrag bilden. Im erſteren Falle hat der Pächter wiederum nur auf die Früchte Anſpruch, die während ſeiner Pachtzeit fällig werden; er verliert alſo bei vorzeitiger Pachtauflöſung das Perzeptionsrecht dieſer Früchte und hat nicht einmal den Erſatzanſpruch für Aufwendungen wie der Grundſtückspächter nach § 592, ſofern er einen ſolchen nicht aus anderen Geſichtspunkten, z. B. aus einem Verſchulden des Verpächters, das ihn zum ſofortigen Rücktritt zwang, herleiten kann. Geht das verpachtete Recht auf regelmäßig wiederkehrende Erträge, wie Zinſen, Dividenden u. dgl., ſo erhält jedoch der Pächter bei vorzeitiger Auflöſung des Verhältniſſes einen der Dauer ſeines Rechts innerhalb der Pachtzeit entſprechenden Theil jener Erträge. Da ſolche regelmäßige Erträge ohne Schwierigkeit pro rata temporis vertheilt werden können, hat das Bürgerliche Geſetzbuch hier einen anderen — den deutſchrechtlichen Vertheilungsmodus — ſanktionirt. Die Erträge werden hier, weil ſie regelmäßig fließen, gewiſſermaßen pro rata Tag für Tag erworben, wenn auch die Auszahlung aus praktiſchen Gründen terminweiſe erfolgt und nur in dieſer Weiſe verlangt werden kann. Hier ſchafft daher auch die vorzeitige Auflöſung der Pacht keinerlei Schwierigkeiten. Der Pächter erhält pro

rata der Pachtdauer innerhalb der letzten Frucht- oder Einkommensperiode den ihm zustehenden Fruchtertrag und muß als Theilpächter davon die Pachtzinsquote abgeben[9]).

Dagegen liegt bei der Theilpacht beweglicher Sachen, insbesondere von Thieren, eine Benachtheiligung des Pächters durch die Vorschrift des § 565 Abs. 2 besonders nahe, wenn das Pachtverhältniß nicht auf bestimmte Zeit eingegangen worden ist. Es ist dann nämlich jederzeit die Kündigung mit dreitägiger Frist statthaft. Ebenso kann sich die Frage nach der Fruchtvertheilung erheben, wenn aus den schon genannten Gründen das Pachtverhältniß vorzeitig endigt. Freilich wird sie nur hinsichtlich gewisser Nutzungen praktisch, welche, wie die Wolle der Schafe und die Thierjungen, nur in gewissen größeren Zwischenräumen gewonnen werden, — nicht hinsichtlich der Milch und des Düngers, welche der Pächter tageweise perzipirt. Bei letzteren trifft in Folge der Verhältnisse die römische Regel mit der deutschen im Resultate überein; diese Früchte werden tageweise erworben und gehören daher auch bis zum Auflösungstag dem Pächter, welcher dem Pächter davon seinen Antheil, z. B. ein gewisses Milchquantum, tagtäglich abliefern muß. Anders kann die Theilpacht hier nicht verstanden werden. Hinsichtlich der anderen Erträgnisse aber bleibt es dabei, daß sie nur Dem gehören, welcher zur Zeit der Schur oder des Wurfs der Jungen das Bezugsrecht hat, sodaß der Pächter sie nicht erwerben kann, wenn seine Pacht schon vorher endigte, obschon er vielleicht den größten Theil der Zeit das Vieh gefüttert und gewartet hat. Auch hier fehlt eine dem § 592 analoge ausgleichende Bestimmung. Man wird nur sagen können, daß es nach den Prinzipien des Gesetzbuchs dem Hirten beim Gesellschaftsvertrage auch nicht besser ergangen wäre, da bloße Dienstleistungen auch bei

9) Ueber industrielle Pachtverhältnisse s. noch unten § 20 nach Note 15 u. Cit.

der Liquidation der Gesellschaft als Einlagen nicht baar vergütet werden (§ 773 Abs. 2). Häufig wird der daraus entstehenden Unbilligkeit dadurch die Spitze abgebrochen werden, daß der Theilpächter in der That für seine Wartung in Milch und Dünger des Viehs entsprechende Aequivalente bezogen hat; und was die Fütterungskosten anlangt, so wird sich, insoweit die letzteren die von dem Vieh genossenen Vortheile übersteigen oder der Pächter gar keinen Vortheil von den Thieren gehabt hat, wohl unter Umständen eine Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung des Herrn vertheidigen lassen. S. auch § 102, wonach die Früchte bei der Herausgabe allgemein nur deductis impensis verstanden werden. Endlich wird dem Hirten 2c. unter Umständen dadurch geholfen werden können, daß nach dem Inhalt des Vertrags eine Entlohnung seiner Dienste als selbstverständlich und darum gewollt erscheint; sodaß das partiarische Verhältniß, wenn die Grundsätze der Theilpacht hier versagen, um der maßgebenden Parteiintention entgegenzukommen, den verwandten Erscheinungen des Quotallohnvertrags[10]) zu unterstellen ist[11]).

Gibt der Kolon das Pachtobjekt am Ende der Pachtzeit nicht zurück, so sind die Folgen je nach dem Grund der Säumniß verschiedenartige. In erster Linie kommt es darauf an, ob er den Umstand, der die rechtzeitige Rückgabe verhinderte, nach allgemeinen Grundsätzen zu vertreten hat.

10) Wo eben die Dienstleistungen des Hirten als solche Gegenstand des Vertrags und daher der Honorirung sind. Vgl. über die vielfach fließende Grenzbestimmung dieser verschiedenen Verträge schon oben § 10 zu Note 8ff. u. unten § 23 zu Note 10ff.

11) Anzurathen ist dem Theilpächter bei der Strittigkeit der Lösung aus allgemeinen Rechtsprinzipien jedenfalls, die Pacht nur für bestimmte Zeit zu schließen und für den Fall vorzeitiger Erledigung die Folgen ausdrücklich auszumachen.

Das ist z. B. nicht der Fall, wenn wegen Ueberschwemmung der Abzug des Kolonen zu der betreffenden Zeit unmöglich, — wenn das verpachtete Vieh ohne sein Verschulden und ohne daß er eine Garantie für Zufall übernommen hat, gefallen ist und der Kolon auch nicht den Abgang durch die Zuzucht zu ersetzen hatte. Selbstredend muß der Pächter den Nachweis liefern, daß die Rückgabe durch einen Umstand gehindert ist, für welchen er nicht haftet; wozu die einfache Berufung auf das hindernde Ereigniß nicht in allen Fällen ausreicht. So genügt der Nachweis eines Diebstahls oder eines Brandes nicht ohne Weiteres: vielmehr muß der Kolon auch darthun, daß er die Sache ordnungsmäßig bewacht, daß er mit Feuer und Licht nicht leichtsinnig umgegangen ist ꝛc. Doch muß, wenn nicht besondere belastende Momente hervortreten, in letzterer Beziehung der Nachweis ausreichen, daß der Pächter im Allgemeinen die erforderliche Sorgfalt angewendet habe. Ein Gegenbeweis für den konkreten Fall ist der Replik vorzubehalten. Einfacher Nachweis des hindernden Ereignisses reicht hin, sofern das letztere seiner Natur nach unverschuldet zu sein pflegt[12]). Daß der bereits in mora versetzte Schuldner auch Ereignisse dieser Art zu vertreten hat, versteht sich von selbst (z. B. wenn er den rechtzeitigen Abzug versäumte und nunmehr durch äußere Ereignisse daran gehindert ist) (§ 287).

In Fällen einer derartigen Verantwortlichkeit des Pächters — mag sie Unmöglichkeit der Rückgabe oder Verzug begründen — haftet er nach allgemeinen Grundsätzen auf Schadensersatz[13]). Die Sache selbst kann der Verpächter, wenn sie von dem Kolonen einem Dritten zum Gebrauche überlassen war, auch von dem Dritten unmittelbar

12) Vgl. Goldschmidt, Ztschr. f. HR Bd. 3 S. 86 ff. 115 ff., Entsch. d. ROHG Bd. 25 S. 338 ff.

13) S. auch § 597 BGB am Ende.

zurückfordern (§ 556 Abs. 3). Liegt das Verschulden der Verzögerung an dem Dritten, so haftet trotzdem der Kolon dafür, da er die culpa seines Substituten zu vertreten hat[14]). War ihm die Gebrauchsüberlassung (nach §§ 549, 596) nicht gestattet, so ist er schon wegen seines vertragswidrigen Verhaltens verantwortlich. — Bei schuldloser Verzögerung der Rückgabe ist wenigstens der frühere Mieth- und Pachtzins für die Säumnißzeit verhältnißmäßig weiter zu entrichten (§§ 557, 597 BGB), als billiges und zweifelsohne gerechtestes Entgelt der während dieser Zeit dem Herrn vorenthaltenen Benutzung. Bei Pacht bestimmt sich das Verhältniß nach Proportion der Nutzungen, welche der Pächter während der Säumnißzeit aus der Pachtsache gezogen hat oder hätte ziehen können, zu den Nutzungen des ganzen Jahres; mit Rücksicht darauf, daß die Früchte oft nicht gleichmäßig im Jahre verfallen und daher die Bemessung der Pachtentschädigung nach der Zeit schlechthin in manchen Fällen dem Pächter gegenüber zu Unbilligkeiten führen würde. Freilich schuldet ein Theilpächter nur dann Pachtzins, wenn er wirklich Früchte gezogen hat, so daß der Passus des § 597 von der Zinsleistung für Nutzungen, die der colonus hätte ziehen können, in diesem Falle illusorisch wird[15]). Indessen ist der Pachtzinsanspruch des § 597 immer nur als Mindestmaß der dem Verpächter wegen der Nichtrückgabe gebührenden Entschädigung gedacht, — als ein Betrag, der stets verlangt werden kann, wenn weitere Voraussetzungen einer Haftung des Pächters nicht vorliegen. Eine derartige weitere Grundlage für Ersatzansprüche des Verpächters ergibt sich aber gerade bei der Theilpacht in den meisten Fällen aus der besonderen Kulturpflicht des Ko-

14) S. oben § 14 nach Note 7.

15) Nur dann, wenn der Vertrag gemischt d. h. nicht ausschließlich partiarisch ist, kann § 597 in weiterem Umfang Anwendung finden.

lonen[16]). Zwar existirt die letztere an sich nicht länger, als der Vertrag besteht, der hier sein Ende bereits gefunden hat. Aber der Sinn des § 597 ist doch zweifellos, zum Zweck der einfachen Entschädigung des Verpächters für das vorenthaltene Objekt in Ermangelung sonstiger Anhaltspunkte eine Art relocatio für die Säumnißzeit zu statuiren, bei welcher der bisherige Pachtzins die Entschädigung vertritt. Für die Bemessung dieses Pachtzinses wird man auch die sonstigen spezifischen Bedingungen des früheren Vertrages, insoweit sie auf die Höhe der bedungenen Vergütung Einfluß übten, nicht außer Acht lassen dürfen. Sonach besteht auch die besondere Kulturpflicht des Theilpächters, von welcher, wie wir sahen, wesentlich die Höhe der Pachtzinsquote abhängt, für die Zeit der Säumniß in der bisherigen Weise fort[17]). Der Pächter haftet also hier selbst bei unverschuldeter Nichtrückgabe doch für kulpose Nichtbestellung des Pachtguts oder sonstige Nichtkultur; im Falle des Verzugs der Rückgabe selbst wegen kasueller Unterlassung weiterer Pflege, da er hier durch seine Schuld den Eigenthümer aus der Lage gebracht hat, selbst die nöthigen Maßregeln zu treffen, die Aecker rechtzeitig einzusäen u. dgl. Befreit von der Ersatzpflicht wird hier der Kolon nach allgemeinen Grundsätzen nur durch den Nachweis, daß auch der Eigenthümer während der Verzugszeit nicht besser für die Sache hätte sorgen können, z. B. weil das nicht rechtzeitig zurückgegebene Pachtgrundstück überhaupt während der Säumnißzeit nicht mit Erfolg bestellt werden konnte.

16) Vgl. auch die aus demselben Umstand zu Anfang dieses Paragraphen gezogene Konsequenz.

17) Es wird dies ohne Weiteres klar, wenn wir annehmen, daß die Verzögerung der Rückgabe bis zum Ablauf der nächsten Fruchtperiode andauert. Hier hat der Theilpächter die Quote vom ordnungsmäßigen, d. h. nach Maßgabe der früheren Pachtbedingungen gewonnenen Ertrag als den „vereinbarten Pachtzins" im Sinne des § 597 zu entrichten.

B. Partiarische Miethverträge.

I. Begriff und Möglichkeit.

§ 19.

Wie die Pacht, so kann nach heutigem Rechte auch die Miethe partiarisch sein. Ein lateinischer Ausdruck dafür ist kaum zu bilden. Die Römer unterschieden von dem Pächter (colonus) den Miether (inquilinus); aber selbst die moderne lateinische Rechtssprache würde Bedenken tragen, im Anschluß an den inquilinus eine Wortbildung zu wagen, welche der Ableitung der colonia partiaria aus dem colonus gleichkommt. Wir können den lateinischen Ausdruck auch um so mehr entbehren, als das römische Recht uns für die Rechtsfigur des partiarischen Miethverhältnisses keinerlei Vorbilder gewährt[1]). Aber heutzutage dürfen wir nicht mehr so engherzig sein, zumal da Pacht und Miethe im Leben vielfach dicht aneinandergrenzen, ja manchmal in einander übergehen. Begrifflich verpflichtet die Miethe zur bloßen Ueberlassung des Gebrauchs, und zwar von Sachen (in dem bekannten Sinne körperlicher Gegenstände: § 90); die Pacht bezieht sich auf Gegenstände aller Art (also auch unkörperliche) und verpflichtet den Verpächter nicht nur zur Ueberlassung des Gebrauchs des Pachtobjektes, sondern auch zur Gestattung des Fruchtgenusses während der Pachtzeit, soweit die Früchte nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft als Ertrag anzusehen sind (vgl. §§ 535, 581

1) S. oben § 6 in fine.

BGB). Also man pachtet wesentlich zu Gewinnzwecken (zur Erzielung von Einkommen aus dem Pachtobjekte), dagegen miethet man zum Gebrauch; ein Gewinnzweck liegt prima facie dem Miethvertrage fern. Beim Pachtverhältniß wird nach der maßgebenden Bestimmung der Parteien im Vertrage das Objekt von dem conductor fruktifizirt (sei es durch Gewinnung von Natural- oder sonstigen Früchten: § 99 BGB); bei Miethe wird es nur gebraucht, nicht unmittelbar aus ihm etwas gewonnen. Daher ist die lokative Ueberlassung einer Garten- oder Sommerwirthschaft, einer Fabrik, eines Steinbruchs, einer Torfgrube oder einer Jagd, ja eines Hauses zum Zweck der Untermiethe im Ganzen oder in Theilen, also auch eines Gasthofs: Pacht[2]). In allen diesen Fällen ist nicht blos zum Gebrauche überlassen. Es kann also hier das Geschäft schon unbedenklich nach den oben unter Abschnitt A entwickelten Regeln partiarisch abgeschlossen werden[3]): es besteht kein Hinderniß, daß das Hôtel, die Gartenwirthschaft, die Fabrik, der Steinbruch oder die Jagd in der Weise verpachtet werden, daß der Pächter eine Quote des Ertrags — sei es ausschließlich oder im Verein mit anderen festbestimmten Leistungen — als Entgelt zu entrichten hat.

Nun liegt der Einwand nahe: wenn die lokative Ueberlassung von Sachen und Rechten zur Fruktifizirung dieser letzteren das Verhältniß zur Pacht stempelt und anderseits das partiarische Rechtsgeschäft zu seinem Wesen eine Vergütung der Ueberlassung mit einem Theile des aus der Ueberlassung gezogenen Gewinns voraussetzt, so müsse sich das partiarische Verhältniß auf den Fall beschränken, wo ein solcher Gewinn aus dem überlassenen Gegenstande überhaupt möglich sei; es könne daher

2) S. auch Kohler i. Archiv für civilist. Praxis Bd. 71 S. 404ff.; Petrażycki, Einkommen II S. 404.

3) Vgl. auch oben § 15 Note 20ff.

aus diesem Grunde den Bereich der Pacht nicht überschreiten. Das war in der That die Auffassung des römischen Rechts. Aber die Logik ist nicht zwingend, und wir sind nicht genöthigt, angesichts des § 535 BGB, der (ebenso wie § 581) bei der Miethe keinen Entgelt in pecunia numerata oder überhaupt in fest bestimmten Leistungen voraussetzt, auf dem beschränkten römischen Standpunkt zu verharren. Zunächst schon gibt es eine Menge Fälle, in welchen trotz der obigen Begriffsbestimmung zweifelhaft sein kann, ob sie der Pacht oder der Miethe zugehören. Z. B. wer ein Gut mit Sommerwohnung miethet, auf welchem sich nebenbei eine kleine Milchwirthschaft befindet, von dem wird unter Umständen schwer zu bestimmen sein, ob er als Miether oder Pächter zu betrachten ist. Aehnlich, wenn, wie nicht selten in kleinen oder mittelgroßen Städten, mit der Wohnung ein Garten verbunden ist, in welchem der Miether seinen Kohl 2c. bauen darf, oder wenn gar die Gartenfrüchte zwischen dem Hausherrn und dem Miether getheilt werden sollen. Aber auch wo keine derartigen faktischen Zweifel möglich sind, wie bei der Ladenmiethe, kommt aus der hier stattfindenden Gebrauchsüberlassung ein Gewinn (oder zunächst nur eine Gewinnchance) des Miethers in Frage, welche der heutige Verkehr nicht ignorirt. Dieselbe ist als Grundlage eines partiarischen Verhältnisses völlig geeignet. Die Miethe eines Ladens erfolgt spezifisch nur zum Gewinn, nicht um darin Konkurs zu machen. Gleichwohl ist der Gewinn des Ladenmiethers nicht Frucht — so zweifelhaft der Fruchtbegriff des § 99 BGB im Uebrigen auch ist. Denn sog. „Civilfrüchte" sind nach Abs. 3 eod. doch nur die Erträge, die eine Sache (hier der Laden) „vermöge eines Rechtsverhältnisses" gewährt; und ein solches wird durch den Ladenbetrieb am Laden selber nicht begründet, sondern nur dann, wenn etwa das Erdgeschoß eines Hauses zum Zweck der Untermiethe (vielleicht in ein-

zelnen Parzellen, getrennt nach Schaufenstern) an einen Unternehmer vergeben würde. Letzterer ist Pächter: die Miethen, die er von den einzelnen Ladeninhabern zieht, sind Frucht des Hauses resp. Grundstücks. Der einzelne Ladeninhaber aber ist und bleibt Miether, wenn er auch geradesogut aus der locatio-conductio gewinnen will, als der zwischen ihm und dem Hauseigenthümer stehende erste Pächter. Man sieht aus letzterem Umstand, wie wenig das wirthschaftliche Moment der Lokation sich an die vorgeschilderten juristischen Finessen kehrt. Wenn es auch wahr ist, daß im ersteren Falle (bei der Pacht) der Schwerpunkt der Produktion in der Sache selbst — dem überlassenen Objekte — liegt, im letzteren vorzugsweise in der Person des Miethers, so bleibt es doch nicht minder wahr, daß dieser letztere nicht oder nicht so produziren könnte, wie er thut, wofern ihm der locator nicht das Objekt zum zweckentsprechenden Gebrauche überlassen hätte. Daher kümmert sich der moderne Verkehr nicht um das Ueberwiegen des einen oder anderen Produktionsfaktors, sondern hält sich einfach an die condicio sine qua non der Produktion — des von dem Miether so gut wie von dem Pächter erzielten Gewinnes —, die lokative Ueberlassung der Sache. Daß diese bei der Miethe lediglich zum Gebrauch erfolgt, stört die Verkehrsauffassung um so weniger, als die Art des Gebrauchs doch regelmäßig beim Vertrage ausdrücklich oder stillschweigend fixirt zu werden pflegt[4]), und hier zu einem besonders lukrativen Gebrauch gemiethet worden ist, den die besonderen Eigenschaften der Miethsache ermöglichen oder doch erheblich unterstützen. Es wird also bei dieser Art von Miethe schon ein Gewinnzweck wesentlich in's Auge gefaßt,

4) Weshalb der Miether denn auch den vertragsmäßigen Gebrauch der Miethsache nicht willkürlich ändern kann. Vgl. §§ 550, 553 BGB.

und zwar in vielen Fällen, — nicht blos bei Ladenmiethe, sondern ganz ebenso z. B. bei der Ermiethung von Bureaus oder sonstiger Etablissements im Großbetriebe, von denen aus eine rein geistige Thätigkeit entfaltet wird, und wobei im Falle richtiger Lage und Ausstattung des Lokals die Gewinnchance oft noch viel größer ist, als beim Laden- oder sonstigen Realbetriebe. Dieser Gewinnzweck ist ganz ausschlaggebend für das Miethen, und der Verkehr nimmt darum in derselben Weise auf ihn Rücksicht, wie in den Fällen, wo der beabsichtigte Gewinn unmittelbar aus dem Objekt, als Hauptproduktionsfaktor, gezogen werden soll. Juristisch bleiben selbstverständlich die beiden Fälle streng getrennt, weil der Gewinnzweck *hier nicht Bestandtheil des Ueberlassungsvertrags*, sondern Motiv des Abschlusses der Miethe bildet. Aber wie wesentlich ist das juristisch unerhebliche und umgekehrt für die *wirthschaftliche* Auffassung, der der Verkehr ausschließlich Rechnung trägt! Hat die Miethsache gewisse Eigenschaften, so ist — wenn Miether nur einigermaßen geschäftlich bewandert ist — der aus bestimmtem (verabredetem) Gebrauch der Sache resultirende Gewinn so ziemlich sicher; und es ist daher dem Vermiether nicht zu verargen, wenn er bei Bestimmung der merces darauf Rücksicht nimmt. Das ist nun einfach durch entsprechende Erhöhung des Miethpreises zu erreichen, wenn die Eigenschaften des Miethobjekts, die den Gewinn verbürgen, ganz sicher — keinerlei wechselnden Konjunkturen unterworfen sind; wenn beispielsweise die Lage des Geschäftsetablissements auf absehbare Zeit einen sicheren Gewinn des Inhabers in Aussicht stellt. Ein Geschäft in guter Lage wirft selbstverständlich zehn- bis zwanzigmal soviel Gewinn ab, als in minder guter Gegend und wird daher auch entsprechend theurer vermiethet. Der Charakter einer guten Lage aber ist nicht selten durch Eventualitäten, Ereignisse äußerer Art bedingt, die sich nicht stets im

Voraus übersehen lassen, z. B. durch den Eintritt einer Stadterweiterung, den Durchbruch einer Straße, die Anlegung einer neuen Eisenbahn oder sonstigen Verbindungslinie — alles Umstände, welche die Preise plötzlich steigen oder sinken machen, während der Miethabschluß (gleichfalls aus wirthschaftlichen Gründen) häufig nothgedrungen nur für einen gewissen längeren Zeitraum erfolgen kann. Denn in der heutigen Zeit, wo nicht mehr blos die kleinen Leute zur Miethe wohnen, sondern die größten Unternehmungen in gemietheten Lokalitäten, die vielfach zu diesem Zweck besonders herzurichten sind, Unterkunft finden, setzt der Erfolg, die Rentabilität eines Betriebs nicht selten eine längere Dauer des Miethverhältnisses voraus. Hier ist nun im Hinblick auf das gelaufene doppelte Risiko: des Einschlagens (Prosperität) der Unternehmung an sich und der Zweckmäßigkeit (der günstigen Lage 2c.) des dafür gemietheten Lokals der partiarische Abschluß des Miethvertrages im Interesse beider Theile. Der Vermiether, der von der Güte und der besonderen Eignung des Objekts für jenen Zweck von vornherein fest überzeugt ist, spekulirt à la hausse. Er sagt sich, daß der Miether den Gewinn, den er durch zweckentsprechende Benutzung der Miethsache, wie sie nach dem Vertrage in's Auge gefaßt ist, macht, nicht allein machen, sondern in dem Maße, wie sich die Erwartungen der Parteien über die in Rede stehende wirthschaftliche Folge des Kontrakts realisiren, auch dem Vermiether verhältnißmäßig zukommen lassen soll. Je mehr der Miether von dem Lokale aus gewinnt, um soviel mehr soll auch das letztere selbst lokativ bewerthet werden: um so viel höher soll m. a. W. der Miethzins sein. Diesem Gesichtspunkt wird durch partiarische Abfassung des Miethvertrags gedient. Der Miether, der die Sache zu Gewinnzwecken gebraucht, soll von dem so erzielten Gewinne dem Vermiether periodisch einen gewissen Antheil abgeben. Dem

Miether selbst kommt diese Abmachung bei Zweifelhaftigkeit der Konjunktur ganz ebenso zu Gute. Er spekulirt dabei umgekehrt à la baisse; nicht in dem Sinne, daß er verlieren oder weniger gewinnen will, um weniger Miethe zu bezahlen, sondern insofern, als ihm daran liegt, wenn er nicht soviel gewinnt als er erwartet, auch nur entsprechend weniger zu zahlen. Mit dieser Maßgabe kann er gefahrlos einen bedeutend höheren Miethzins versprechen, als wenn derselbe in einer fixen Summe versprochen werden müßte. Dem Miether bleibt jetzt immer noch der Ausweg offen, daß er den hohen Zins nur dann zu zahlen hat, wenn auch sein eigenes Unternehmen prosperirt. Eine Sozietät entsteht durch solche Abmachungen ebensowenig, als sie in der Theilpacht liegt[5]). Dagegen ist auf der andern Seite wieder zuzusehen, ob in dem äußerlich ganz gleich gestalteten Verhältniß wirklich Sachmiethe und nicht ein anderer partiarischer Kontrakt: ein Quotallohnverhältniß vorliegt. Das ist der Fall, wenn nicht das Etablissement, der Laden, sondern die Industrie des Ladeninhabers gemiethet ist. Wenn ihm also das Etablissement, der Laden, wesentlich nur zu dem Zwecke überlassen ist, damit er in demselben die Produkte des Hausbesitzers oder Ladeneigenthümers vertreibe; wie denn nicht selten Bier- oder Weinwirthe von Großproduzenten in verschiedenen Stadtbezirken nur zu dem Zwecke installirt werden, um für die möglichste

5) Es braucht kaum nochmals hervorgehoben zu werden, daß allerdings societas beabsichtigt sein kann, ganz in derselben Weise wie an Stelle der Theilpacht (s. oben § 8). Es wäre dann als Wille der Parteien anzusehen, daß der eine Theil das Haus, Lokal ꝛc., der andere seine Industrie in die Gesellschaft einbringen und der erwartete Gewinn getheilt werden soll. — Die richtige Klassifikation des Vertrages ist nach allen Richtungen von Wichtigkeit. Es richtet sich danach z. B., ob der Hausbesitzer an den in das Geschäftslokal eingebrachten Sachen das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers hat u. s. w. Beim partiarischen Miethverhältniß ist dies natürlich zu bejahen, während aus der Gesellschaft kein Pfandrecht folgt.

Verbreitung der Erzeugnisse der Großhandlung oder Brauerei zu sorgen. Es liegt dann gar nicht Sach-, sondern Dienstmiethe vor, die, wie wir noch nachweisen werden, ebenfalls partiarisch, also gegen Gewinnbetheiligung abgeschlossen werden kann.

Wie schon im Anfang dieser Untersuchungen hervorgehoben, kann die partiarische Verabredung auch neben einem bedungenen festen Miethzins bestehen, und wird in dieser Form besonders praktisch. Die Parteien wollen im partiarischen Geschäft nicht hazardiren, sondern sich nur sichern, insofern sie, je nachdem ihre Erwartungen aus dem geplanten Unternehmen des einen oder andern Theils verwirklicht werden oder fehlschlagen, entsprechend mehr oder weniger als Preis zu zahlen haben und erhalten; wie auch wohl sonst Gewerbtreibende, Aerzte und Anwälte die Höhe der Vergütung für ihre Leistungen in gewissem Umfang nach den ökonomischen Verhältnissen des anderen Theils bestimmen. In unserm Falle wird der Lohn dem beim Vertragsabschluß noch völlig ungewissen Ausgang einer Unternehmung dadurch angepaßt, daß der Miether von den mit dem Gebrauch der Miethsache erzielten Vortheilen dem Herrn der letzteren periodisch einen gewissen Antheil als Miethzins (resp. auf denselben) abzugeben verspricht.

Auch noch in anderer Weise kann ein partiarisches Miethverhältniß vorkommen: wenn nämlich die Ungewißheit der Konjunktur, die die genannte Anpassung veranlaßt, nicht in den Eigenschaften der Miethsache, sondern ausschließlich in der Person des Miethers liegt. Hierher gehören z. B. Miethverträge mit angehenden Künstlern, Schriftstellern, Männern der Wissenschaft 2c., welche von Hause aus nicht mit Glücksgütern begabt, in ihren Anfängen sich oft auf wunderliche Art durchschlagen müssen, wobei die Frage nach der festen Wohnung oft eine ganz besondere Rolle spielt. Gar Mancher findet seinen Gönner, der ihm

über die ersten Schwierigkeiten seiner Laufbahn hinweghilft; aber nicht jeder Gönner ist so uneigennützig oder in der Lage, für alle Zukunft auf Entgelt für die gemachten Leistungen zu verzichten, wenn die Zeit das in den Schützling gesetzte Vertrauen nachträglich rechtfertigt. Und nicht einmal blos auf die Zukunft braucht der Vermiether — der Hauptgläubiger der kleinen Leute — zu bauen. Der arme Künstler oder Schriftsteller ohne feste Anstellung, mit wechselndem Verdienst, ist selten in der Lage, gefahrlos einen festen Miethzins zu versprechen: — ein einziger Mißerfolg, eine kurze Krankheit genügt, um ihn zeitweise brotlos zu machen, der Exmission zu unterwerfen und an den Bettelstab zu bringen. Wenn sich nicht Leute finden, die ihm kreditiren — was unter Umständen ebenso entwürdigend nachzusuchen ist, als Betteln — ist er nicht selten um einer verhältnißmäßig kurzen schlechten Konjunktur willen verloren, die, wenn sie überwunden wird, blitzschnell von einer umgekehrten, ebenso günstigen abgelöst werden kann. Hier ist es wiederum das partiarische Kontraktverhältniß, das Denen, die nicht schenken wollen oder können, als passende, humane Kontraktsform nicht dringend genug empfohlen werden kann, — alle Härten gegen den Besitzlosen, sofern er nur nach seiner Person genügend Vertrauen verdient, vermeidet und den Interessen beider Theile gleichmäßig Rechnung trägt. Der Miether erhält hier Wohnung — oft auch Kost und Logis zugleich — für ein Entgelt, welches an Stelle oder neben einem kleinen Fixum, in einem Antheil an seinem wechselnden Verdienst besteht. Es wird ihm dadurch über etwaige schlechte Zeiten hinweggeholfen, wie umgekehrt der Vermiether gewinnt, wenn die Erwerbsverhältnisse des Miethers sich plötzlich bessern. Eine feste Zeitdauer des Kontraktes oder wenigstens der hier besprochenen Abgabepflicht als Gegenleistung für das vom Vermiether eingegangene Risiko wird gegen Mißbrauch zu stipuliren sein.

Oft wird der Vermiether bei dem Vertrag erheblich gewinnen; ich würde darin jedoch keinen Mißstand erblicken. Im Gegentheil, das Beispiel würde für viele andere Fälle lockend sein, in denen der Vermiether nicht stets auf seine Kosten kommt. Es würde also durch diese Art des Abschlusses nur in gewissem Sinne die Zahl der aleatorischen Geschäfte um eine Spezies bereichert; aber der Nutzen für die Allgemeinheit wäre in diesem Falle größer, als bei irgend einer der vorkommenden Arten dieser Geschäfte. Mancher, der heutzutage nothgedrungen sein Leben in Cafés oder zweifelhafteren Lokalen verbringt, auf der Tischecke seine Artikel schreibt oder Skizzen macht und einen Sofawinkel oder einen Sessel als Nachtlager benutzt und in dieser vie bohémienne für höhere Leistungen endgültig verloren geht, würde sowohl der Gesellschaft, als der Kunst und Wissenschaft erhalten bleiben, wenn ihm in unserem Kontrakt ein Mittel zur Ueberwindung der Misère geboten würde.

Wer wollte hiernach noch bestreiten, daß für das partiarische Miethverhältniß ein ebenso großes, wenn nicht größeres soziales Bedürfniß vorliegt, wie für die Theilpacht?!

II. Das Einzelne dieser Verträge.

§ 20.

Der partiarische Miethvertrag folgt, abgesehen von den allgemeinen Regeln der Miethe, im Wesentlichen den Grundsätzen der Theilpacht. Nur daß an Stelle der dort als Entgelt für Gebrauch und Fruchtgenuß geschuldeten Fruchtquote hier als Vergütung ein Antheil am Gewinn des Miethers aus dem vertragsmäßigen Gebrauch der Sache tritt. M. a. W. es tritt der wirthschaftliche Gewinn an Stelle der Frucht: die Verschiedenheit des hauptsächlichsten Produktionsfaktors in beiden Fällen[1]), die für die Höhe

1) Der vermiethete oder verpachtete Gegenstand einerseits, — die Thätigkeit (Kunst, Industrie) des conductor anderseits.

der Quote allerdings von Bedeutung sein kann, ist für die Existenz und die juristische Struktur des partiarischen Verhältnisses gleichgültig. Die Höhe der Quote bedingt keine wesentliche Veränderung desselben[2]). Die Aehnlichkeit unseres Vertrags mit der Theilpacht ist um so größer, als auch die Pachtfrüchte in großem Umfange Civilfrüchte sein können (vgl. § 99 Abs. 3), deren Gewinnung in den meisten Fällen auch eine Industrie des Pächters voraussetzt. Wir sind derartigen Beispielen schon im Verlaufe unserer Untersuchung begegnet[3]). Beim partiarischen Abschluß nähern sich diese beiden Lokationsarten ganz außerordentlich; und wenn auch ihre richtige Sonderung in anderen Beziehungen (vgl. z. B. §§ 549, 565, 595 ff.) fortdauernd nothwendig erscheint, so macht es für die beidesfalls bedungene Quotenleistung vom Produktionsgewinn doch blutwenig aus, ob hier das centrum gravitandi der Produktion in der Person des Unternehmers oder im Lokationsobjekte liegt. In beiden Fällen handelt es sich um einen Gewinn aus *industriellem Wirthschaftsbetrieb*[4]) also um *Geldquoten*, im Gegensatz zu allen *landwirthschaftlichen Betrieben* (wozu wir auch die Viehpacht rechnen), bei welchen die Quote meist in *Naturalien* besteht. Landwirthschaft und Industrie sind also auch hier die beiden Gegensätze, auf welche sich unsere Untersuchung bezieht.

Dieser Zusammenhang des partiarischen Miethverhältnisses mit der Theilpacht und die dadurch bedingte Gleichheit einer Reihe von Erscheinungen rechtfertigt eine mehr summarische Betrachtung des Details an dieser Stelle. Nur das ist zu beachten, daß wir es hier stets mit Geldquoten

2) Vgl. schon oben § 3 gegen Ende.

3) S. oben § 15 zu Note 20 ff.

4) Um vom Gewinn aus Kunst und Wissenschaft, von dem gelegentlich die Rede war, nicht hier nochmals zu reden. Er steht in der hier fraglichen Beziehung dem industriellen Wirthschaftsbetriebe gleich.

zu thun haben. Die Einkünfte, aus welchen diese Quote zu entnehmen ist, stammen nicht unmittelbar aus dem zur Miethe überlassenen Gegenstand, sondern knüpfen sich nur wirthschaftlich an ihn als einen Produktionsfaktor. Daß sie dem Miether eigenthümlich zugehören, bevor er die bedungene Quote leistet — daß also der Vermiether nicht mit seinen eigenen Sachen bezahlt wird —, kann ernstlich hier kein Mensch bezweifeln. Bei dem hervorgehobenen organischen Zusammenhang des partiarischen Verhältnisses bei Pacht und Miethe ergiebt sich daraus ein neues Argument für die Absurdität der gegentheiligen Auffassung für die Pacht[5]). — Betreffs des Gegenstands und Inhalts des Vertrags ergibt sich aus § 535, daß die Theilmiethe nur auf körperliche Gegenstände (Sachen) zum Zwecke der Gebrauchsüberlassung gerichtet sein kann, gegen einen Miethzins, welcher in Ansehung seiner Bestimmtheit dem Theilpachtzins entspricht. Von den Pflichten der Parteien ist hervorzuheben, daß auch hier der partiarische conductor das Seinige thun muß, um durch ordnungsmäßigen Gebrauch der Miethsache den Gewinn zu erzielen, von welchem die Miethzinsquote sich berechnet. Er haftet auch in dieser Beziehung nach allgemeinen Grundsätzen für culpa levis. Der partiarische Miether darf also nicht spazieren gehen und den Betrieb des Geschäfts, von dem er Gewinnantheile abzugeben hat, aufgeben oder liegen lassen; der Künstler, dem für einen Antheil des Verdienstes, den er machen kann, vermiethet ist, darf nicht, statt zu arbeiten, den ganzen Tag im Wirthshaus liegen. Solche Umstände geben dem Vermiether ein sofortiges Rücktrittsrecht von dem Vertrage. Wenn auch nicht, wie bei der Theilpacht, wegen vertragswidriger Benutzung der Sache[6]), so doch aus dem allgemeinen Gesichts-

5) Vgl. oben § 7 zu Anm. 14ff. u. § 15 Anm. 8—10.
6) Vgl. § 553 BGB und oben § 17 zu Note 12.

punkt, daß der Miether sich nicht schuldhaft[7]) in die Unmöglichkeit versetzen darf, dem Vertrage, so wie er gemeint ist, zu genügen (§ 325). Ja es folgt zweifellos aus dieser Vorschrift, daß der Vermiether dieserhalb vom Miether unter Umständen sogar Schadensersatz verlangen kann. Auch eine nachlässige (schlechte) Geschäftsführung ist in solchen Fällen keine Sache, die bloß den Miether angeht, sondern sie wirkt auf den dominus zurück in einer Weise, die dem Miethverhältniß widerspricht. Der Vermiether hat deshalb das gleiche Recht der Kündigung resp. einen Anspruch auf Schadensersatz, wenngleich sich hier freilich die culpa des Miethers weniger leicht beweisen lassen wird, als wenn er gar nicht arbeitet. In keinem Falle darf der Miether das gemiethete Geschäftslokal in Wohnräume verwandeln, dasselbe auch für keinen anderen als den bedungenen Geschäftsbetrieb einrichten, sollte auch an sich (d. h. bei gewöhnlicher Miethe) in einer derartigen Veränderung noch keine dem Miether nach § 550 BGB untersagte Handlung liegen[8]). Auch ein Kontrolrecht ist dem partiarischen Vermiether zuzusprechen, wenngleich es regelmäßig weniger weit geht, als bei der Theilpacht. Denn wie wir sahen, schuldet der Miether niemals Naturalien, sondern einen Gewinnantheil, der, mag er vom Brutto- oder Reinertrag berechnet werden, immerhin in Geld oder Geldeswerth besteht. Darauf ist § 260 BGB nicht anwendbar. Der partiarische Vermiether ist vielmehr im Wesentlichen auf diejenige Kontrolmethode

7) Liegt kein Umstand vor, den er nach allgemeinen Grundsätzen zu vertreten hat, so ist § 325 nicht anwendbar. Z. B. wenn der Künstler oder der Gelehrte unproduktiv wird, so kann Vermiether den Kontrakt ebensowenig vorzeitig auflösen, wie wenn der fleißige Geschäftsmann nichts verdient.

8) Freilich kann sie auch bei gewöhnlicher Miethe und Pacht ganz untersagt sein. Vgl. Kohler, Ueber die Verpflichtungen des Pächters eines Geschäftsetablissements i. Arch. f. civilist. Praxis Bd. 71 S. 397, insbes. S. 400 ff.

beschränkt, welche im Quotaldienstvertrag und ähnlichen Verhältnissen die allgemein übliche ist[9]). In Ansehung der Untermiethe ist, trotzdem hier § 549 voll zur Anwendung kommt, d. h. dem Miether bei Verweigerung von sublocatio und Gebrauchscession[10]) ein Kündigungsrecht zusteht, das Resultat von Theilpacht kaum verschieden. Denn einmal liegt im Sinn des partiarischen Kontraktes zweifellos, daß der Miether, dem in dieser Weise kreditirt wird, selber arbeite oder wirthschafte[11]). In ihn und seine Leistungsfähigkeit hat der Vermiether das Vertrauen, das ihn zum Abschluß des partiarischen Kontrakts bewog und dies Vertrauen läßt sich nicht ohne Weiteres auf einen Substituten übertragen. Ebensowenig entspräche es der Absicht der Parteien, wenn der conductor für die fortlaufend von ihm erzielte und prästirte Quote einen Anderen wohnen lassen wollte. Vielmehr soll auch in diesem Sinne der Miether selbst der arbeitende Theil sein, schon weil die Qualität der Arbeit und damit des Erfolges ganz wesentlich mit den vom Vermiether gemachten Leistungen — den von ihm gewährten Arbeitsbedingungen (Produktionsfaktoren) zusammenhängt. Es wird daher, wenn der Vermiether die Erlaubniß zur sublocatio verweigert, auch hier kein Kündigungsgrund darin zu finden sein. Ein solcher erscheint vielmehr nach § 549 zufolge „wichtigen Grundes" ausgeschlossen[12]). Auf der

9) Es gilt wesentlich dasselbe, wie in dem Falle eines industriellen Theilpachtverhältnisses. Vgl. oben und § 15 zu Note 21 ff.

10) Vgl. über diesen Unterschied § 14 oben.

11) Daher darf letzterer regelmäßig auch nicht die Ausübung des Geschäftsbetriebs, von dessen Ertrag die Quote zu leisten ist, einem Anderen überlassen. Es gilt in dieser Beziehung derselbe Grundsatz wie beim Quotaldienstvertrage. S. u. § 26 nach Note 3.

12) Man sage nicht, daß zum Ausschluß des Kündigungsrechts nach § 549 der wichtige Grund in der Person des Dritten liegen müsse. Er liegt auch hier in der Person des Dritten, weil letzterer, nach den eigenthümlichen Anforderungen des partiarischen Kontrakts an die Person des Miethers, den ursprünglichen Kontrahenten, dem

andern Seite kann beim Tod des Miethers sowohl dessen Erbe als der Vermiether kündigen (§ 569). Doch bleibt es dabei, daß die Kündigung nur für den ersten Termin erfolgen kann, für den sie zulässig ist. Das gleichfalls nur für Miethe eingeführte außerordentliche Kündigungsrecht der Militärpersonen, Beamten, Geistlichen und Lehrer bei Versetzung[13]) wird für den partiarischen Kontrakt kaum jemals praktisch werden[14]). Bezüglich der Kündigung selbst ist nur zu merken, daß sie nach §§ 564ff. viel leichter ist, als bei der Pacht. Nur bei Mobilien gilt dieselbe kurze Frist. Sonst aber braucht bei der Kündigung der Miethe das volle Miethsjahr nicht ausgehalten zu werden, da hier nicht Rücksicht auf einen aus dem Miethobjekt unmittelbar zu ziehenden Fruchtertrag zu nehmen ist. Freilich im partiarischen Verhältniß gestaltet sich die Sache nicht ganz so einfach. Hier hat Vermiether Anspruch auf einen gewissen Antheil am Geschäftsgewinn des Miethers, wie er sich nach Ablauf eines bestimmten Zeitabschnittes aus den in der betreffenden Zeit vom Miethslokale aus geschlossenen Geschäften des Miethers ergibt. Nun wird der Miether vor Ablauf der Rechnungsperiode ausgetrieben, also die Faktoren der Gewinnberechnung zerstört. Soll der Vermiether nun mangels Unmöglichkeit der Quotenberechnung gar keinen Gewinnantheil bekommen? Das wird wohl schwerlich als die Absicht der Parteien bei Schließung des Vertrages angesehen werden können. Viel-

---

in dieser Weise kreditirt ist, nicht ersetzen kann. Diese Vertrauensposition ist etwas ganz persönliches; sie läßt sich nicht von Einem auf den Andern wider Willen des Vermiethers übertragen; auch nicht auf Grund des Gutachtens von Sachverständigen, daß etwa der Substitut ein geradeso großer Künstler, gewandter Geschäftsmann, wie der Andere sei.

13) Vgl. §§ 570, 596 Abs. 3 BGB.

14) Die Wirkung des Konkurses auf die Miethe ist dieselbe wie bei Pacht. S. § 17 KO u. oben § 17 i. f.

mehr ist davon auszugehen, daß die Miethleistung des Eigenthümers, solange sie erfolgte, auch vom Gegner, wie bedungen, zu honoriren ist. Danach würde also dem Vermiether ein der Dauer der Miethzeit in der letzten Rechnungsperiode entsprechender Antheil am Gewinne zustehen. Nur das macht Schwierigkeit, daß hier der Miether nach Beendigung der Miethe zwar bis zum Ablauf der Rechnungsperiode (des Geschäftsjahrs u. dgl.) wohl meistens noch Geschäfte macht, aber doch nicht mehr von dem vermietheten Lokale aus, sodaß der Schlußgewinn auf andern Produktionsfaktoren beruht. Es wird hier wesentlich darauf ankommen, wann der Quotalmiethzins nach dem Vertrage fällig war. Hierfür ist die Natur der Einkünfte des Miethers von ausschlaggebender Bedeutung. Bestehen die letzteren im Ertrage eines geschäftlichen oder wohl gar kaufmännischen Unternehmens, so ist wie bei dem Quotaldienstvertrage als Willensabsicht der Parteien anzusehen, daß stets die üblichen Rechnungsperioden des Betriebes abzuwarten sind, so daß die Quote von dem Vermiether auch dann nicht früher beigetrieben werden kann, wenn das Miethverhältniß im Laufe einer solchen Periode endigt[15]). Daraus folgt zugleich, daß sich die Quote alsdann nach diesem Schlußgewinn berechnet. Freilich erhält Vermiether mit Rücksicht auf die frühere Endigung des Vertragsverhältnisses nur einen der Dauer der Miethzeit entsprechenden Theil der Quote für die ganze Rechnungsperiode. Bei industriellen Pachtverhältnissen, bei welchen also die Quotalleistung als Frucht erscheint, entspricht dies auch dem allgemeinen Grundsatz des § 101 Ziff. 2 BGB. Denn es handelt sich doch bei der Quotenleistung um regelmäßig wiederkehrende Erträge, wenn es auch vorkommen kann, daß einmal ein Rechnungsjahr ꝛc. keinen Gewinn bringt. Die loc. cit. erwähnten „Gewinn-

15) S. unten § 35.

antheile" (Dividenden u. s. w.) haben nicht immer einen materiellen Inhalt, denn der Gewinn ist nie verbürgt. Für den Vertheilungsmodus nach der Dauer der Berechtigung in der betreffenden Gewinnperiode genügt, daß der Gewinn in regelmäßiger Wiederkehr erforscht, und, wenn vorhanden, den Berechtigten nach einem bestimmten Grundsatz ausgezahlt oder zugeschrieben wird. Ganz ebenso verfährt man auch in unserem Falle bei Vertheilung des Gewinnes aus der Thätigkeit des Miethers. Nur wenn die Einkünfte des letzteren, wie diejenigen eines Künstlers, Handwerkers ꝛc., unregelmäßige und auch zeitlich nicht an bestimmte Fälligkeitstermine gebundene sind, wird man auch in der hier in Frage stehenden Beziehung daraus für die Entrichtung der Quotalschuld keine bestimmte Regel ableiten können. Sondern, wie für gewöhnlich hier die Quote dann zu entrichten sein wird, wenn auch jeder andere Miethzins zu entrichten wäre (z. B. täglich, wochen- oder monatweise), vorausgesetzt, daß nur der Miether in diesem Zeitpunkt überhaupt etwas verdient hat, so wird auch mit Auflösung des Miethverhältnisses die Quote unmittelbar wie jeder andere rückständige Miethzins fällig und nach demjenigen Betrag berechnet, den der Miether in diesem Augenblick, vom Zeitpunkte der letzten Quotenzahlung an, aus seiner im Vertrage vorgesehenen Thätigkeit gewonnen hat.

Ebenso kann bei nicht rechtzeitiger Rückgabe der Miethsache nach Ablauf der Miethzeit der Vermiether für die Zeit der Säumniß die vereinbarte Quote wie den sonstigen Miethzins weiter verlangen (§ 557). Die Berechnungsmethode bleibt dieselbe. Weitergehende Ansprüche des Vermiethers auf Schadenersatz wegen Vertragsverletzung, Verzug des Miethers u. dgl. sind hier so wenig, wie bei der Theilpacht ausgeschlossen (s. oben § 18 i. f.).

Dritter Abschnitt.

Die Quotallohnverträge.

A. Gemeinsames für diese verschiedenen Verträge.

I. Quotaldienst- und Quotalwerkverträge. Konstruktion.

§ 21.

Partiarische Lokationen kommen nicht nur beim Miethvertrage über Sachen oder bei der Pacht, sondern auch beim Miethvertrage über Arbeit vor[1]). Und zwar, mag die Arbeit als solche in dem Kontrakt als Leistung in's Auge gefaßt sein, also der eine Theil dem anderen gewisse Dienste gegen Entgelt zu leisten versprochen haben, — oder nur das Resultat der Arbeit, sodaß der Unternehmer sich zur Herstellung desselben gegen Aequivalent verpflichtet[2]). Im ersten Falle ist der Arbeiter der locator: seine Kräfte, Intelligenz ꝛc. sind gemiethet; im letzteren Falle ist er der conductor: locator locat opus faciendum[3]). In

1) Ja, da das partiarische Verhältniß sich wesentlich auf Arbeitsleistungen und deren Produkt bezieht, so muß man logisch sagen, daß dasselbe um so mehr da vorkommen könne, wo die Arbeit eigentlich der Gegenstand des Vertrages ist.

2) S. dazu noch oben § 4 Anm. 2.

3) Vgl. über die bisherige Entwickelung der Arbeisverträge in Gesetzgebung und Litteratur die historische Uebersicht bei Endemann, Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht (1896). Die neuere Litteratur insbesondere s. daselbst von S. 56 ab. In erster Linie erwähnenswerth ist Dankwardt, Jahrbücher für Dogmatik Bd. 13

beiden Fällen kann das Aequivalent der Arbeitsleistung in einem Antheil am Resultat der Arbeit selbst bestehen, den also der Arbeiter erhält — und zwar entweder ausschließlich oder meist neben einem anderen festen Lohn[4]). Dann also sind auch diese Lokationen partiarisch. Im ersten Falle haben wir den Quotaldienstvertrag, im zweiten den Quotalwerkvertrag (vgl. §§ 611 ff., 631 ff. BGB). An beiden Stellen spricht das Gesetz mit derselben absichtlichen Unbestimmtheit wie in §§ 535, 581 lediglich von Leistung der versprochenen Dienste oder der Herstellung des versprochenen Werkes gegen Entrichtung der „vereinbarten Vergütung", ohne eine andere Schranke der Vereinbarung in diesem Punkte als die allgemeine für alle Abmachungen, daß die Leistung wenigstens soweit bestimmt sein muß, daß der Schuldner sich nicht jeglicher Verpflichtung entziehen kann. Danach besteht kein Hinderniß, die Vergütung auch in anderer Weise als in einer Geldleistung auszubedingen, z. B. in Quantitäten anderer Sachen oder Individualleistungen, in Gegendiensten[5]) und, wie hier in Frage steht, in Antheilsquoten an dem Ertrag der Arbeit selbst[6]).

Daß dies auch die Auffassung des römischen Rechts gewesen sei, glaube ich übrigens nicht annehmen zu dürfen.

S. 299 ff., Bd. 14 S. 228. S. auch Pernice i. d. Ztschr. d. Savignystiftung Bd. IX, Rom. Abth. S. 242 ff. Mancherlei Anregungen bei Menger, Das bürg. Recht und die besitzlosen Volksklassen (1890) S. 104 ff.

4) S. oben § 3 am Ende.

5) Hier, sagt man, sei es unter Umständen besonders schwierig zu ermitteln, welcher der Kontrahenten nun als locator oder conductor erscheine. In Wahrheit löst die Frage sich in Beantwortung der anderen Frage nach den Rechten und Pflichten der Parteien auf, und diese ist hier nicht schwieriger, als beispielsweise auch beim Tauschvertrage. Wegen des römischen Rechts vgl. oben § 10 zu Anm. 4 ff.

6) S. auch § 641 Abs. 2 BGB, wo implicite von einer anderen als in Geld festgesetzten Vergütung die Rede ist.

Das römische Recht scheint über eine Entlohnung der Arbeitskraft in Geld (pecunia numerata) nicht hinausgekommen zu sein. Antheilgewährung am Arbeitsprodukte als Vergütung der Thätigkeit gab es im Lohnvertrage nicht[7]); die Gewährung von Gewinnantheilen am Resultate einer Unternehmung war nur in Form der Sozietät gestattet. Es ist das schon als eine Unvollkommenheit des römischen Rechts gekennzeichnet worden; aber leugnen läßt sie sich, soviel ich glaube, nicht. Zwar werden Stellen angeführt, welche das Gegentheil beweisen sollen[8]), doch legen sie m. E. viel mehr den entgegengesetzten Standpunkt des römischen Rechtes klar. Es handelt sich um drei Stellen aus Cato, De re rustica cap. 16, 136 und 137, wo partiarische Rechtsverhältnisse besprochen, aber nicht näher definirt werden. Auch die Beschreibung ist so dürftig, daß sich daraus ein sicherer Schluß nicht ziehen läßt. In der ersten Stelle ist die Rede von dem Kalkbrenner: . .

> calcem partiario coquendam qui dant, ita dant: perficit et coquit et ex fornace calcem eximit calcarius et ligna conficit ad fornacem. dominus lapidem ligna ad fornacem quod opus siet praebet.

Das könnte ja ganz gut von einer partiarischen Werkverdingung verstanden werden; aber gesagt wird nichts davon, und ob der Vertrag so gemeint sei, wird aus den anderen Stellen mehr als zweifelhaft. In c. 136 ist die Rede von dem uns schon bekannten politor[9]). Die Ueberschrift dieses Kapitels lautet:

> politionem quo pacto dari oporteat.

---

7) S. oben § 6.

8) Vgl. Bekker, Ztschr. für Rechtsgeschichte Bd. III S. 421. Vgl. Pernice, Amoenitates iuris i. d. Ztschr. der Savignystiftung für Rechtsgeschichte Bd. VII Rom. Abth. S. 101 ff. u. Parerga I. eod. Bd. III Rom. Abth. S. 60. Waaser, Die colonia partiaria S. 10 ff. Ferrini im Arch. f. civilist. Praxis Bd. 81 S. 13.

9) Vgl. § 8 Anm. 4 ff.

Dann folgt die Schilderung des oben erwähnten Verhältnisses:

> in agro Casinate et Venafro in loco bono parte octava (si) corbi dividat, satis bono septima, tertio loco sexta; si granum modio dividat parti quinta. in Venafro ager optimus IX parti corbi dividat. si communiter pisunt qua ex parte politoris pars est, eam partem in pistrinum politor etc.

Auch hier wird der Kontrakt nicht qualifizirt, sondern nur beschrieben; die dem politor gewährte Quote schwankt nach Maßgabe des Ertrags des Ackers. Je größer der Ertrag, um so viel kleiner ist die Quote, da dann die Arbeit des politor schon mit einem kleineren Antheil genügend entlohnt ist. Aber aus den Pandekten wissen wir, daß der partiarische Kontrakt mit dem politor als societas aufzufassen war. Vgl. l. 52 § 2 Dig. pro socio:

> Si in coëunda societate . . . artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum, aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus . . .

Das wird als Aeußerung des Celsus angeführt, ist also nicht spätere Kompilation. Wir werden also auch bei Cato wohl nicht über den Sozietätsbegriff hinauskommen. Ist das aber die gebotene Konstruktion, dann gewinnt auch das bei Cato gleich folgende Kapitel (137), welches vom partiarischen Weinbergsarbeiter handelt, seine richtige Beleuchtung. Dieses Kapitel schließt sich nämlich mit seinem Titel

> vineam curandam partiario

unmittelbar an die vorhergehende Ueberschrift des 136. Kapitels an und ist aus dieser zu ergänzen. Wie es dort heißt „politionem", so ist hier zu dem „vineam curandam partiario" hinzuzudenken: quo pacto dari oporteat[10]).

10) S. auch Bekker a. a. O. S. 421.

Es ist also wohl anzunehmen, daß bei so engem Wortanschluß auch der Gedankengang sich fortsetzt, m. a. W. gleichfalls von Sozietät die Rede ist. Hier heißt es:

bene curet fundum arbustum agrum frumentarium. partiario foenum et pabulum quod bubus satis siet qui illic sient. cetera omnia pro indiviso.

Daß aus der Persönlichkeit der betreffenden Unternehmer kein Argument gegen den animus contrahendae societatis beim Grundherrn herzuleiten sei, hat schon Pernice überzeugend dargethan. Es handelt sich in allen diesen Fällen um bestimmte Techniker, die besondere Kunstfertigkeit für ihre Arbeit mitbringen müssen und nach der Digestenstelle als artem operamve in die Sozietät einwerfen. Bei der politio sowie beim Hirten (pecus in commune pascendum) ist in der letzteren Stelle die Sozietät bezeugt. Und auch aus allgemeinen Gründen läßt sich herleiten, daß wenn das Recht einmal das partiarische Verhältniß bei Unternehmungen wie die gedachten nur als Sozietät zuließ, auch der animus zur Eingehung der entsprechenden Verbindung sich naturgemäß viel leichter einfand, als wo das Recht andere Geschäfte zur Wahl verstellt. Was hat man denn nicht statt des geraden Weges oft für Schnörkel und Umschweife angewendet, um etwas zu erreichen, was ohne Weiteres nicht möglich war; man denke nur an die imaginaria venditio, das mandatum in rem suam als Vermittler der Anspruchscession bis zu dem mittelalterlichen pactum geminatum, um die formlosen pacta nuda klagbar zu machen. So mußte man sich hier assoziiren (man mochte dazu geneigt sein oder nicht), wenn man partiarisch kontrahiren wollte: das „coactus voluit“ gilt unter Umständen auch von dem Zwange, den die Rechtsordnung selbst ausübt. Und dagegen gibt es kein Anfechtungsmittel[11]).

11) Sieht man die Sache in dieser unbefangenen Weise an, so erledigen sich von selbst die Einwände von Waaser (colonia partiaria

Im heutigen Recht besteht ein solcher Zwang nicht mehr, und wird man daher mit der Annahme eines socius bedeutend zurückhaltender sein, als unter der Herrschaft der römischen Rechtsvorschriften, nach welchen die Sozietät unter diesen Umständen die einzige Geschäftsform für das beabsichtigte partiarische Verhältniß war. Für das Vorliegen eines Quotallohnvertrags ist heute nicht entscheidend, daß der Arbeiter nur die versprochenen Dienste leistet und auch der Herr oder Besteller der Arbeit den Stoff — das Kapital — für sich behält, nicht etwa in eine Gemeinschaft einbringt. Denn wir haben gesehen, daß auch die Gesellschaft weder nothwendig ein gemeinschaftliches Vermögen der Parteien noch ein Einbringen in letzteres quoad sortem (zu Miteigenthum der socii) voraussetzt. Auch das spricht nicht mit Sicherheit gegen Gesellschaft, daß der Arbeiter zwar an einer Quote des durch seine Thätigkeit erzielten Gewinns, nicht aber am Verlust betheiligt ist, wenn die Unternehmung fehlschlägt. Es ist besonders festgestellt worden, daß auch bei der societas ein Mitglied nicht am Verlust betheiligt zu sein braucht[12]). Freilich ist das dort immer eine Ausnahme. Das Normale ist, daß alle socii, wie sie an dem Gewinn betheiligt sind, auch den Verlust gemeinschaftlich zu tragen haben, während hier das Gegentheil die Regel bildet. Das deutet auf eine Verschiedenheit der Grundlage des ganzen Verhältnisses hin. Die Verschiedenheit liegt in dem Fehlen eines gemeinsamen Interesses der Parteien, eines im

S. 59 ff. 69) wegen der angeblichen sozialen Ungleichheit der Parteien. S. darüber schon oben § 8 Anm. 4 ff. u. Pernice, Amoenitates iuris a. a. O. S. 101—102. — Freilich lesen c. 16 der Marcianus und Parisinus: calcem partiario locandam (statt coquendam) qui dant und: vineam redemptori partiario (= conductori), s. auch Cujacius ad l. VIII Cod. II, 3 de pact., Bd. IX S. 60 ff. der Ausg. v. 1781. Aber daraus allein läßt sich eine Ueberwindung der römischen Einseitigkeit doch kaum schließen.

12) S. oben § 2 zu Anm. 20.

Sinne des § 705 gemeinschaftlichen Zwecks, zu dessen Erreichung der abgeschlossene Kontrakt das Mittel bilden soll. Es liegt eher das Gegentheil vor; wodurch jedoch nicht ausgeschlossen ist, daß die Interessen beider Theile eine gewisse Strecke parallel gehen. Man muß sie aber, um ihr wahres Wesen zu erkennen, nicht blos ein Stückchen auf der Bahn, sondern bis zu ihrem Ende verfolgen. So haben beide Parteien zunächst das Interesse, das Kapital durch Arbeit möglichst ergiebig zu machen, die Erträgnisse desselben zu vermehren. Aber damit erschöpft sich nicht der Zweck des Vertrags. Bei der Gesellschaft geht er auf die Erreichung eines gemeinschaftlichen Erfolgs für die Parteien. Besteht letzterer auch nur in einem vermögensrechtlichen Gewinn, so ist der Sinn der Abrede doch der, daß durch Erreichung des Zwecks die allgemeine ökonomische und soziale Lage der Parteien gleichmäßig verbessert werden soll. Meist geht die Absicht darüber weit hinaus. Wo ausschließlich das Kapital auf einer, die Arbeit auf der anderen Seite steht, muß es schon eine eigenartige Arbeit sein, welche in dieser Weise mit dem Kapital in gleicher Interessensphäre steht. In weitaus den meisten Fällen gilt das Umgekehrte: es liegt eine Kombination diametral entgegengesetzter Interessen vor, die in dem abgeschlossenen Vertrag nach Ausgleich ringen. Das Bedürfniß dieses Ausgleiches ist es, was die Parteien aufeinander hinweist, so daß sie sich suchen und in bestimmter Weise zur Erreichung eines Erfolgs zusammenwirken. Allein kann diesen keine Partei erzielen; der Herr des Kapitals nicht, weil ihm die Kräfte oder Fähigkeiten zur Bearbeitung desselben fehlen, — der Arbeiter nicht, weil er zu seiner Arbeit des Kapitals als seines Stoffs bedarf. Was die Parteien zusammenführt, ist also lediglich ihr eigensüchtiges, durchaus entgegengesetztes Sonderinteresse. Jeder will möglichst viel verdienen, und möchte das, wenn er könnte, ganz allein. Weil keiner es allein kann, so kontrahiren die Par-

teien auf Umsatz von Gütern aus dem Bereiche ihrer beiderseitigen Machtsphäre — nicht aber, wie § 705 voraussetzt, auf die vertragsmäßige Förderung gemeinschaftlicher Zwecke (auf ein Zusammenwirken als Genossen). Das Verhältniß der Parteien ist nicht der Ehe vergleichbar, in welcher die beiderseitigen Interessen und Gefühle in einem einheitlichen höheren Zwecke aufgehen, sondern es gleicht gewissen Liebschaften, bei welchen jeder Theil nichts Anderes sucht, als sein persönliches Vergnügen; weshalb denn treffend auch von dieser Art von Liebe gesagt wird, sie sei nur ein Egoismus zu Zweien. Diese vorwiegend egoistische Natur des Verhältnisses hat denn auch ganz gewichtige Folgen. Ein Interesse für den Endzweck (den Erfolg), zu dessen Erreichung die Parteien sich verbunden haben, ist bei jeder derselben nur insoweit vorhanden, als die Erreichung das eigene Sonderinteresse der Partei berührt. Nur insoweit interessirt den Arbeiter die möglichste Nutzbarmachung des Kapitals durch die von ihm darauf verwendete Arbeit, als er auch seinerseits dadurch gewinnt. Es liegt daher im Wesen derartiger Umsatzverträge, daß der Arbeiter durch ihren Abschluß nur gewinnen, sich nicht umgekehrt auch den Chancen eines Verlustes aussetzen will, wenn der Erfolg ausbleibt. Das bedeutet in der That einen prinzipiellen Gegensatz zu der Gesellschaft. Der Hirt, der Winzer, der Kalkbrenner, der Agrikultur- oder sonstige Techniker, der gegen Quotalbetheiligung angenommen ist, hat nur insofern Interesse am Erfolg des Unternehmens, als er dadurch mehr Lohn erzielt. Auf diesen — als Entgelt für seine Arbeit — hat er kontrahirt. Er hat zwar eingewilligt, wenn der Erfolg ausbleibt, Nichts zu erhalten; aber nicht für Verluste, die sich eventuell ergeben, zusammen mit dem anderen Theile aufzukommen. Im Gegensatze zur Gesellschaft, bei welcher ein solcher Ausschluß der Haftung eines socius für Verluste unter Umständen allerdings auch ausgemacht werden

kann, handelt es sich hier bei diesem Satz um eine aus der Natur des Umsatzvertrages folgende allgemeine Regel (ein naturale negotii). Denn es ist klar, daß bei den Umsatzverträgen regelmäßig der Nachtheil aus dem Geschäft für Einen ist: Denjenigen, der für seine Leistung keinen genügenden Gegenwerth erhält. So ist der Nachtheil für den Herrn des Kapitals, wenn letzteres zu Grunde geht und er die darauf verwendete Arbeit doch bezahlen muß; sie ist für den Arbeiter, wenn er das Kapital als Pächter zu kultiviren übernimmt und die Früchte zu Grunde gehen oder die Kosten der Arbeit nicht decken. In beiden Fällen mildert der partiarische Abschluß das Ergebniß insofern, als er das Licht gleichmäßiger vertheilt: den einen Kontrahenten an dem durch seine Mitwirkung erzielten Gewinn des anderen betheiligt. Eine Vertheilung des Verlustes in gleicher Weise anzustreben, ist nicht seine Aufgabe. Der Gegenwerth für eine Leistung im Umsatzvertrage (die Vergütung) kann gesteigert und bis auf ein Minimum herabgemindert werden, aber nicht ohne Weiteres in ein Passivum übergehen. So wird kein Mensch dem Hirten, Kalkbrenner 2c. zumuthen, statt des erhofften Lohns noch zuzuzahlen, wenn ohne sein Verschulden die Thiere, statt sich zu vermehren, gefallen sind, der Kalkofen geplatzt und werthlos geworden, der auf den Acker gebrachte chemische Dünger weggeschwemmt und das Grundstück verwüstet worden ist. Umgekehrt braucht bei der Theilpacht der dominus nicht zuzuzahlen, wenn der Pächter bei der Bebauung nicht auf seine Kosten kommt: er erhält nur höchstens keinen Pachtzins[13]). Es erhellt hieraus ein regel-

13) Vgl. auch Entsch. d. ROHG Bd. 6 S. 28. Allerdings kann auch, zumal in kaufmännischen Betrieben, ausnahmsweise das Gegentheil bedungen sein; also daß der Arbeiter nicht nur durch die Gewährung einer Quote an dem gemachten Gewinn, sondern auch durch die Verpflichtung eines Zuschusses zum etwaigen Verlust am Ausgange des Unternehmens interessirt wird. Vgl. Entscheid. d. RG Bd. 33 n. 27 S. 129—130; Bolze, Praxis d. RG Bd. 10 n. 534.

mäßiger Vorzug der Quotallohnverträge für die arbeitenden Klassen vor der Theilpacht: der Quotallohnvertrag bewahrt die wirthschaftlich Schwächern vor dem Verlust, dem der Theilpächter ausgesetzt ist. Für den, der nur von seiner Hände Arbeit lebt, ist vortheilhafter, sich partiarisch zu verdingen, statt zu pachten. Er ist alsdann freilich nicht selbständig, aber auch vor dem Risiko bewahrt, welches mit jedem Selbstbetrieb verbunden ist[14]).

Im Quotallohnvertrage ist also der arbeitende Theil nur Arbeiter für fremde Rechnung. Der Kapitalsherr ist im Allgemeinen auch Herr der Arbeit (Arbeitgeber). Er hat das ganze Recht der Direktive: der Arbeiter folgt lediglich den Weisungen des Herrn. Der Umstand, daß der Arbeiter ganz oder theilweise mit einer Quote des Arbeitsertrags entlohnt wird, kann daran nichts ändern. Die Betheiligung am Gewinn der Unternehmung wird ihm zugestanden um seinen Eifer anzuspornen, das ihm Aufgetragene möglichst sorgfältig und gut auszuführen. Es wird vermieden, daß durch seinen schlechten Willen oder seine Unlust der Erfolg des Unternehmens hinter den vom Geschäftsherrn gehegten Erwartungen zurückbleibt. Dagegen läßt das Zugeständniß der Gewinnbetheiligung keineswegs

Der Charakter des Arbeitsvertrages wird durch eine derartige Vereinbarung im Uebrigen so wenig verändert, als die Gesellschaft durch den Ausschluß der Betheiligung eines socius an dem Verlust ihr Wesen aufgibt. Bei Theilpacht kommt vor, daß der Viehpächter zum Verlust des Viehs mit beizutragen hat. S. z. B. Art. 1804 des Code Napoléon. Hier handelt es sich um eine Zusatzbestimmung zum Pachtpreise.

14) Trotz des partiarischen Abschlusses in beiden Fällen ist also die wirthschaftliche Bedeutung der Theilpacht von den Quotallohnverträgen gerade so verschieden, wie die von Pacht und Arbeitsverträgen überhaupt. Die Theilpacht dient unter den in § 9 hervorgehobenen Voraussetzungen zur Erhaltung oder Wiederbelebung eines kräftigen Pächterstandes. Ob der Einzelne für diesen Stand geeignet ist, ist eine Frage wie die, ob er sich zum Gesellen oder Fabrikarbeiter oder zum selbständigen Meister eignet.

auf eine Absicht des Herrn schließen, dem Arbeiter Einfluß auf die Art der Arbeit oder ihre Leitung zu gewähren oder gar letztere zu kritisiren. Der Arbeiter hat also kein Recht darauf, mit Rathschlägen gehört zu werden oder, wenn seinen Ansichten entgegengehandelt und in Folge dessen thatsächlich kein (oder nur ein geringerer) Gewinn gemacht ist, Schadensersatz bezw. eine unverkürzte Prämie zu verlangen. Die Quote, für die der Faktor schafft, ist Lohn — nichts anderes. Der Herr, der sie ihm zugestand, wollte einen Arbeiter als ausführendes Organ für seine Anordnungen, keinen Theilhaber, der ihn in seinem Selbstbestimmungsrecht beschränkt. Er hat daher auch Niemand über seine Operationen Rechenschaft zu geben. Handelt der Herr unverständig (in einer Weise, die statt des erhofften Gewinnes Verlust bringt), so kann der Arbeiter ihn nicht dafür zur Rechenschaft ziehen, daß er nun Nichts erhält, sondern hat die Folgen der eigenen verfehlten Spekulation zu tragen, daß er sich mit einem schlechten Geschäftsmann in dieser Weise eingelassen hat. Er mag dann das Verhältniß lösen, wenn er kann, hat aber nicht das Recht, den Herrn wegen mangelnder Befolgung seiner Rathschläge in Anspruch zu nehmen. Ebenso muß sich der Arbeiter den jederzeitigen Eingriff des Herrn in seine Arbeit gefallen lassen. Er hat kein Recht auf Vornahme der ihm übertragenen Arbeit, sondern nur auf seinen Lohn — auf die Produktionsquote.

Freilich kommt es nicht selten vor, daß die in dieser Weise übertragene Arbeit ein gewisses Sachverständniß, eine Sachkunde voraussetzt, welche willkürliche Eingriffe in die Arbeit ausschließt. So namentlich in den Fällen der locatio-conductio operis: z. B. bei der bedungenen Melioration von Grundstücken durch einen Chemiker; bei der Einstellung von Pferden in eine Stuterei gegen angemessene Vertheilung der Nachzucht 2c. Aber die Reserve, die der Herr sich bei der Ausführung des Unternehmens

hier unter Umständen auflegen muß, entspricht doch in diesen Fällen seinem präsumtiven Willen bei Eingehung des Kontrakts, der so, wie er gemeint war, überhaupt nur unter Verzicht auf laienhafte Einsprüche des Herrn ausführbar ist. Die freiere Stellung eines solchen Sachverständigen liegt also wesentlich im Rahmen des eigenen Vertragswillens des Herrn[15]). Sonst aber ist auch bei locatio-conductio operis im Allgemeinen nach den Weisungen des Herrn zu arbeiten. Es ist nach § 633 BGB zwar fehlerlos zu liefern, aber doch nur relativ fehlerlos: nach Maßgabe der Bestellung. Auch die Sistirung der Arbeit bleibt dem Herrn in allen Fällen vorbehalten.

Zusammenfassend kann man sagen: die Quotallohnverträge unterscheiden sich von der Sozietät in ähnlicher Weise wie die Fälle partiarischer Sachmiethe. Es liegt weder objektiv ein den Parteien gemeinschaftlicher Zweck, noch subjektiv die Absicht gegenseitiger Förderung vor. Vielmehr dient Jeder nur ausschließlich sich selbst und seinen Sonderinteressen, die zwar mit den Interessen des anderen Theiles ein Weilchen parallel gehen, aber im Endeffekt entgegengesetzte sind. Es fehlt daher auch die Absicht der Parteien, als Genossen zusammenzuwirken; die Absicht der Parteien geht vielmehr auf Austausch äquivalenter Leistungen. In Verbindung damit steht der ungleiche Einfluß der Parteien auf die Herstellung des durch die Kom-

15) Das bezieht sich auch auf die Verrichtungen der Aerzte, Anwälte oder sonst zu Diensten höherer Art verpflichteten Personen, insbesondere in dem Falle, wenn über die Art der Dienstleistung besondere Vorschriften bestehen, nach denen sich der Uebernehmer richten muß. So muß jeder Baumeister bei seiner Arbeit die allgemeinen baupolizeilichen Vorschriften beachten und kann sich nicht mit widersprechenden Weisungen des Bauherrn entschuldigen. Der Arzt, der Anwalt verpflichtet sich zu einer derartigen Ausübung seiner Kunst und Wissenschaft, wie er sie vor Ehre und Gewissen verantworten kann.

bination von Kapital und Arbeit zu erzielenden Erfolges. Während die Gesellschafter im Prinzip gemeinsam[16]) zur Erreichung dieses Ziels zusammenwirken und auf gleichem Fuße miteinander verkehren (in diesem Sinne gleichberechtigt sind), bleibt der Arbeiter den Weisungen des Herrn oder Bestellers unterworfen, muß im Quotaldienstvertrage meist als Lohnarbeiter dem Herrn gehorchen, tritt also zu ihm in ein gewisses Subordinationsverhältniß, und muß auch bei dem Quotalwerkvertrage wenigstens die Arbeit ganz so ausführen, wie der Besteller sie verlangt. In beiden Fällen ist es ihm versagt, das durch die Anweisung erzielte Resultat sowie die Zweckmäßigkeit der Anweisung aus Gründen seiner Lohnforderung zu beanstanden oder dagegen Verbesserungen vorzuschlagen. Selbst die Sistirung der ganzen Arbeit muß er sich gefallen lassen, und hat in solchem Falle keinen anderen Anspruch, als auf seinen Lohn bezw. angemessene Entschädigung[17]). Das Nähere darüber ist bei den einzelnen Kontrakten auszuführen. Bei Gesellschaft ist eine solche willkürliche Sistirung ganz undenkbar. Hier gibt nur die Erreichung oder fernere Unmöglichkeit des Gesellschaftszweckes einen Auflösungsgrund ab (§ 726). Sonst aber hat ein jeder socius die ihm in dem Vertrage aufgelegten Pflichten zu erfüllen und kann sich weder selbst noch die Genossen willkürlich davon entbinden, vielmehr nur unter Umständen die Gesellschaft kündigen (§ 723). Eine derartige Aufhebung des ganzen Verhältnisses ist auch beim Dienstvertrage nach besondern Regeln statthaft (s. §§ 620ff., 626 bis 627) und hat mit der oben besprochenen Sistirung der

16) Vgl. §§ 709ff. BGB. Zwar kann bedungen sein, daß die Geschäftsführung nur einzelnen Gesellschaftern zustehen soll, aber auch das ist ein accidentale negotii auf Grund der Zustimmung der hierdurch von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter. Und jedenfalls behalten letztere ein scharfes Kontrolrecht der Geschäftsführung.

17) Vgl. oben § 10 gegen Ende.

Arbeit durch den Arbeitgeber nichts zu thun. Dem Arbeiter steht dieses Recht so wenig zu, wie einem socius. Es handelt sich um ein einseitiges Recht des Herrn. Vgl. §§ 615, 649.

II. Auslegung.

§ 22.

Nach dem bisher Bemerkten ist die Frage, ob ein vorliegender Vertrag als Quotallohnverhältniß zu betrachten und demgemäß den nachfolgenden Grundsätzen zu unterstellen ist, auch hier aus der maßgebenden Parteiabsicht zu beantworten, für deren Erkennbarkeit im Einzelfalle mangels besonderer Aussprache genügend Anhaltspunkte vorliegen. Es ist dabei auf die Gemeinsamkeit des Zwecks der Unternehmung für beide Theile, die Gleichberechtigung der Parteien bei dem Zusammenwirken zu dem Erfolg im Uebrigen oder umgekehrt auf ein dabei vorliegendes Abhängigkeitsverhältniß des einen Kontrahenten von dem anderen oder wenigstens die Unterordnung der Arbeitsthätigkeit unter die allgemeine Direktive des Vertragsgegners zu sehen. Alles unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verabredung[1]), der äußern Umstände, der sozialen Stellung der Parteien, Orts- und Verkehrssitte. Im Zweifel ist gegen Gesellschaft, also zu Gunsten unserer Quotallohnverträge zu entscheiden. Nicht aus dem Grunde, weil es im Zuge unserer Zeit (so wie von jeher) liege, daß Kapital vor Arbeit gehe[2]) — ein Argument, das nach dem ganzen Inhalt unserer Ausführung zu verwerfen wäre und nur vom richtigen Wege abführt, sondern weil im Zweifel als Absicht der Parteien anzusehen ist, daß nur Einer herrschen soll, und ein Verzicht auf dieses Herrschaftsrecht nicht ohne Wei-

1) Z. B. ob der Arbeiter neben der Quote noch einen anderen festen Lohn erhält.

2) Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch 4. A. (1896) S. 643 § 4.

teres zu vermuthen ist. Hier aber gebührt naturgemäß die Direktion dem Arbeitgeber, der sich die Arbeit machen läßt und gerade in den hier vorliegenden Zweifelsfällen auch allein das Risiko der Arbeit trägt, da umgekehrt ohne besonderen Anhalt nicht darauf geschlossen werden darf, der Arbeiter habe sich seinerseits mit diesem Risiko belasten wollen[3]). So ergibt sich die Vermuthung für Quotallohnverträge ganz von selbst, und diese Vermuthung ist, wie gerade der Punkt der Schuldenhaftung zeigt, auch keineswegs in odium des Arbeiters, sondern vielmehr zu seinen Gunsten.

Die auf der anderen Seite erforderliche Abgrenzung der Quotallohnverträge gegen Theilpacht und partiarische Sachenmiethe hat schon oben (§§ 8, 10 und 19) bei Erörterung dieser Rechtsbegriffe stattgefunden, sodaß hier lediglich darauf verwiesen werden kann. — Ob endlich im gegebenen Falle ein Quotaldienst- oder ein Quotalwerkvertrag vorliegt, ist hier nicht schwerer zu entscheiden, als auch sonst, wenn der Vertrag nicht partiarisch abgeschlossen ist[4]).

---

3) S. § 21 Anm. 13.

4) Vgl. Dernburg, Pandekten II §§ 112 u. 113 und die Kommentare zu §§ 611, 631 BGB.

B. Der Quotaldienstvertrag.

I. Vorkommen desselben.

1. Allgemeines. — Landwirthschaftliche Fälle.

§ 23.

Die Begriffsbestimmung des Quotaldienstvertrags hat heutzutage lediglich im Anschluß an § 611 BGB zu erfolgen. Danach handelt es sich um das Versprechen einer Partei (des Arbeiters) zur Leistung von Diensten gewisser Art oder zur Verfügungstellung seiner Arbeitskraft für eine bestimmte Unternehmung gegen eine vom anderen Theil zu leistende Vergütung, welche (ganz oder zum Theil) in einer Quote des Arbeitsertrags besteht. Gegenstand des Vertrages können im Allgemeinen Dienste jeder Art sein[1]). Doch ist Quotalentlohnung nur dann möglich, wenn die Arbeit ökonomischen Ertrag verspricht; so daß z. B. der Vertrag, gegen eine gewisse Vergütung irgendwohin zu reisen, dort einen Gegenstand zu besichtigen und darüber zu berichten, partiarisch nicht geschlossen werden kann. Ebensowenig ist es ein Quotalvertrag, wenn einem Lehrer, Erzieher oder einem Dienstboten Unterhalt im Hause seines Zöglings oder in der Familie des Herrn gewährt wird. Hier besteht die Entlohnung nicht in einer Quote des Arbeits-

1) S. § 611 Abs. 2. Also insbesondere auch sog. operae liberales, wenn sie nur gegen Entgelt erfolgen. Das ehemalige gemeine Recht, insofern es in Vereinbarungen der letzteren Art ein honorirtes Mandat erblickte, ist geändert.

produktes, sondern in anderen Naturalleistungen, die fest, wenn auch nach den persönlichen Bedürfnissen des Berechtigten bemessen sind. Ist hiernach allerdings das Anwendungsgebiet des Quotaldienstvertrages enger als das der Dienstverträge überhaupt, so bleibt es immerhin noch weit genug. Wir können die hauptsächlich vorkommenden Quotaldienstverträge eintheilen in landwirthschaftliche und industrielle. Für beide Arten gelten zwar im Allgemeinen gleiche Grundsätze; doch sind die agrarischen und kommerziellen Verhältnisse zu verschieden, als daß sie nicht auch in der vorliegenden Beziehung vielfach eigenthümliche Bildungen gezeitigt hätten.

Der landwirthschaftliche Dienstvertrag geht äußerlich der Theilpacht parallel. Insbesondere der Eigenthümer eines Grundstücks gibt häufig die Bebauung desselben an einen oder mehrere Arbeiter oder Arbeiterfamilien unter der Verabredung, daß die Arbeit ganz oder zum Theil mit einer Quote der von dem Grundstück erzielten Frucht entlohnt werden soll. Das Verhältniß ist äußerlich der Theilpacht ähnlich; rechtlich durchaus von ihr verschieden. Nicht nur insofern, als der Arbeiter kein Selbstbestimmungsrecht betreffs der Arbeit hat; wenn auch im Allgemeinen bedungen ist, daß der Arbeiter während der Dienstzeit alle mit Beziehung auf das Grundstück nothwendigen Kulturarbeiten vornehmen soll. Es bleibt die Direktive doch beim Herrn. Gegenstand des Vertrages sind die Kräfte des locator: seine Dienste sind gemiethet; bezüglich des Grundstücks, das er zu bebauen hat, liegt gar kein Miethverhältniß vor. Das Grundstück ist der Stoff der Arbeit, es ist nicht vermiethet[2]). Daraus ergibt sich für den Herrn die Möglichkeit, diesen Kontrakt mit un-

2) Daher bedarf der Vertrag auch hier, wenn über länger als ein Jahr geschlossen, nicht der in § 566 BGB bestimmten Form. Vgl. oben § 11.

zählig vielen Arbeitern zu schließen, was bei der Theilpacht gar nicht möglich wäre. Die mit der Pächterstellung verbundenen selbständigen Rechte sind gar nicht in dieser Weise theilbar. Darin liegt die besondere Bedeutung und Berechtigung dieses Kontraktes für den Herrn neben der Theilpacht[3]), welche bei großen Gütern ihren Zweck verfehlt, wenn sich der Eigenthümer nicht dazu versteht, den ganzen Komplex in kleine Parzellen zu zersplittern und diese mit selbständigen Pächtern zu besetzen. Das ist wohl möglich, aber häufig mit wirthschaftlichen Nachtheilen verbunden, da die parzellarische Bebauung erfahrungsgemäß einen minderen Ertrag liefert und überdies bei großen Betrieben eine einheitliche Aufsicht des Personals erforderlich ist, die nur von einer Centralstelle mit eigener Direktive erfolgreich ausgeübt werden kann[4]). Der Grund des partiarischen Abschlusses liegt für den Herrn entweder im Interesse an der Erzielung eines größeren Arbeitsquantums (also einer intensiveren Bewirthschaftung des Grundstücks) oder einer besseren Arbeitsqualität — beides durch Erweckung des Interesses der Arbeiterschaft an einem größeren oder mehrwerthigen Ertrage. Der Vertrag hat alle Vortheile der Theilpacht und vermeidet in vielen Fällen deren Nachtheile: für den Arbeiter das mit dem Selbstbetrieb verbundene Risiko (s. o.), für den Herrn die mit der Theilpacht nicht selten verbundene Gefahr einer zu wenig intensiven Bewirthschaftung der Grundstücke[5]). Auch

3) Ueber die Rechtfertigung der Koordination beider Verträge vom Standpunkt des Arbeiters aus, s. oben § 21 Anm. 14.

4) Ueberhaupt bewegt sich der Massenkontrakt von vornherein auf der Basis, daß hier ein Arbeitspersonal angenommen wird, welchem die Intelligenz und Bildung, wie sie bei selbständigen Pächtern vorauszusetzen, nicht innewohnt, und welchem der Herr daher auch nicht die Selbständigkeit bei der Arbeit zugestehen kann, wie einem Pächter.

5) S. oben § 9. Im Gegensatz dazu ist der Quotaldienstvertrag für den Herrn ein Mittel, durch außergewöhnliche Vermehrung

eine Stabilität des Verhältnisses kann hier erreicht werden, wenn sie den Umständen nach wünschenswerth erscheint[6]), ganz ähnlich wie bei Theilpacht. Der Herr braucht nur den Zuzug ganzer Arbeiterfamilien zu dem Grundstück, womöglich auf dasselbe zu gestatten, und zu begünstigen, daß der Familienvater als Hauptarbeiter zwecks Steigerung des Ertrags seine Hausgenossen (Frau und Kinder), soweit sie dazu geeignet sind, zur Beihülfe heranzieht. So werden letztere zur Landarbeit, wie bei der Pacht, erzogen, und kann mit ihnen, sobald sie verpflichtungsfähig sind, ein selbständiger Vertrag geschlossen werden. So schon um der Konkurrenz mit anderen Arbeitern willen, weil die selbständigen Arbeiter bei der Quotalvertheilung für einen Kopf zählen. Doch wird auch nichts entgegenstehen, die Dienstverträge so zu schließen, daß ein Arbeiter mit Familie größere Antheile erhält, als einer, welcher nur allein arbeitet. Nicht selten gleicht sich auch die Mehrarbeit einer Familie durch andere Vortheile (freie Wohnung derselben u. s. w.) wieder aus. Mag das Detail hier liegen wie es wolle, jedenfalls ist durch die Eigenartigkeit des Verhältnisses sein Fortbestand auch mit den Kindern bedeutend mehr gewährleistet, als sonst. Selbst von der Bestimmung des § 626 BGB, wonach der Herr aus wichtigen Gründen (insbesondere Erkrankung des Arbeiters) kündigen kann, wird hier viel seltener Gebrauch gemacht werden, weil der Grundherr gewärtigen muß, mit dem vertriebenen Vater auch dessen arbeitskräftige Familie zu verlieren. So mag man das Verhältniß betrachten wie man will, überall springt die Zweckmäßigkeit desselben in die Augen. Es ist auf

der Arbeitskräfte die Art der Bewirthschaftung auf's Aeußerste zu steigern, und das namentlich zu einer Zeit, wo es am nöthigsten ist und der Landwirth meist kein baares Geld hat', nämlich vor und während der Erntezeit.

6) Die Quotalarbeiter also nicht wie im Fall der vorigen Note blos zu vorübergehenden Arbeiten angenommen sind.

Grund desselben möglich und da, wo der Kontrakt in weiterem Umfang vorkommt[7]), auch durchaus nicht selten, daß die zur Landwirthschaft gedungenen Arbeiter und Arbeiterfamilien trotz voller Freiheit ihres Handelns[8]) thatsächlich lange Zeit auf einem und demselben Grundstücke verbleiben, mit ihm und seinen Schicksalen gewissermaßen verwachsen sind und auch zum Herrn desselben in intimere Beziehung treten, als es der „Dienstvertrag" in unserer Zeit sonst regelmäßig mit sich bringt.

Nicht selten kommt die Quotalentlohnung als Nebenleistung neben fixem Geldlohn vor. Hier erweitert sich das Anwendungsgebiet des Vertrags beträchtlich. So wird z. B. ausgemacht, daß der angestellte Gärtner oder Feldhüter eine bestimmte Quote der gezogenen Gemüse oder sonstigen Feldfrüchte für sich und seine Familie behalten soll, — der Förster einen Theil der Jagdbeute, — der Köhler oder (um an die erwähnten Catostellen anzuknüpfen) der Kalkbrenner oder Weinbergsarbeiter einen Theil der von ihm oder unter seiner Hülfe gewonnenen Produkte. Eine ganz besondere Rolle spielt auch der Vertrag mit dem Hirten. Hier handelt es sich um den hauptsächlichsten Vertrag unserer Art mit Beziehung auf Mobilien: das dem Hirten zur Wartung anvertraute Vieh. Für diese Arbeit soll der Hirt eine Quote, sei es der Nutzungen schlechthin oder der Zuzucht der Heerde erhalten. Trotz l. 52 § 2 Dig. pro

7) Z. B. in Italien, wo dieser Vertrag in den verschiedensten Variationen vorkommt. — Die mezzadria der Art. 1647 ff. des codice civile vom 25. Juni 1865 ist trotz Anlehnung an die Regeln der Sachmiethe (Art. 1647 Abs. 2) thatsächlich mehr Arbeitsvertrag als Theilpacht. Die Anlehnung erklärt sich durch historische Rücksichten und durch die ältere juristische Technik, die wir auch noch bei Danckwardt finden, die Lücken der Quellen über die Arbeitsverträge durch Analogien der loc. cond. rei auszufüllen. S. auch Dietzel, Ueber Wesen und Bedeutung des Theilbau's in Italien, i. d. Ztschr. f. d. ges. Staatswissensch. Bd. 40 S. 219 ff., 595 ff. u. unten Anm. 12.

8) Vgl. insbesondere §§ 620 ff. BGB.

socio ist in dieser in der Landwirthschaft durchaus nicht seltenen Verabredung nicht nothwendig ein Gesellschaftsvertrag zu finden. Selbst das römische Recht läßt an einer anderen Stelle (l. 9 Cod. de pactis 2, 3) den Charakter des Vertrages offen:

> Si pascenda pecora partiaria, id est ut foetus eorum portionibus, quibus placuit, inter dominum et pastorem dividantur, Apollinarem suscepisse probabitur, fidem pacto praestare per iudicem compelletur.

Für uns sind jene Skrupel des römischen Rechts nicht mehr vorhanden. Wir brauchen nicht zu fragen, ob hier ein selbständiges klagbares pactum vorgelegen habe[9]), oder den Nothbehelf der unbenannten Verträge heranzuziehen; wir haben unter den benannten und bekannten Auswahl genug. Kaum irgend ein Vertrag, wie der mit dem Hirten geschlossene, bietet so viele Seiten dar, von denen aus er sich betrachten, sich juristisch konstruiren läßt; er ist ein Januskopf mit mehr als zwei Gesichtern. Dabei kommt alles auf die beiderseits mit dem Vertrag verfolgten Zwecke an. Gehen letztere in einem höheren Gesammtzweck beider Parteien auf, dann (und nur dann) kann eine Gesellschaft in Frage kommen[10]); liegen nur Sonderinteressen beider Theile vor, so kann einmal dem Hirten an Gebrauch und Nutzung des zur Wartung übernommenen Viehbestandes liegen, z. B. wenn er die Thiere nicht nur auf die Weide treibt, sondern ein Viehwärter im höheren Sinne ist, der auch Ställe hat und mit den Erzeugnissen des Viehstands Handel treibt. Er zahlt dann für Gebrauch und Nutzung einen Preis, und der Vertrag tritt unter den Gesichtspunkt der Theilpacht[11]). Schon dieser doppelte Gesichtspunkt —

9) Wie Ferrini im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 81 S. 19 glaublich machen will.

10) Vgl. § 705 BGB und oben § 8 Anm. 10.

11) S. oben § 11 Anm. 4. Unter diesem Gesichtspunkte hat

der auch nach römischem Rechte möglich war — genügt m. E. zur Erklärung, daß der Kontrakt in der obigen Kodexstelle nicht definirt wird. Für unser Recht kann unter Umständen noch eine dritte Auffassung in Frage kommen. Wenn nämlich dem Herrn des Viehs hauptsächlich daran gelegen ist, eine zuverlässige Person zur Wartung und Besorgung desselben zu bekommen und er dem Wärter zur Erhöhung seines Eifers eine Quote in Naturalien aus den Einkünften der Thiere als Lohn verspricht, so liegt Dienstmiethe vor. Mochte diese Konstruktion auch im römischen Recht nicht möglich sein und diese Auffassung bis in die jüngste Zeit die in der vorigen Note bezeichneten Gesetzgebungen dahin beeinflußt haben, daß sie diesen Vertrag einseitig nur als Sachenpacht auffaßten[12]), — im heutigen Recht ist diese Schranke unzweifelhaft gefallen und die locatio im einen wie im andern Sinne möglich. Im letzten Falle haben wir einen Quotaldienstvertrag, wobei die Dienste des Hirten (auf Wartung und gehörige Besorgung des Viehs) gegen Lohn gemiethet sind. Diese Auffassung ist mindestens ebenso natürlich, als die Theilpacht. Es kommt nur darauf an, wer von den Parteien den Anderen sucht und was er von ihm will; ob der Hirt sich blos verdingen oder das Vieh nach bestimmten Regeln nutzen will. Ja selbst ein Quotalwerkvertrag kann in dem Verhältnisse liegen, wenn nämlich das Vieh einem hervorragenden Züchter übergeben wird, der den Bestand verbessern soll[13]). Da-

---

der Vertrag z. B. im Code Napoléon Art. 1804—1817, im codice civile italiano Art. 1669—1683 u. A. ausführliche Regelung gefunden. Vgl. mein Handbuch des französischen Civilrechts (auf der Grundlage von Zachariä) II (1894) § 356 Text u. Anm. 1. Daß der Pächter hier eventuell zu dem Verlust der Thiere mit beitragen soll, verträgt sich mit dem Begriff. S. o. § 21 Anm. 13.

12) Aehnliche Unklarheit herrscht bei der mezzadria. S. oben Anm. 7.

13) S. unten Abschnitt C, u. l. 52 § 2 Dig. pro socio, wo der

gegen ist der sog. Eisenviehvertrag kein partiarisches Rechtsgeschäft[14]).

2. Industrielle Fälle. — Tantième und Provision.

§ 24.

Von ungleich größerer Bedeutung als die landwirthschaftlichen, sind heutzutage die Fälle des *industriellen* Quotaldienstvertrags geworden, welche im Wesentlichen der moderne Verkehr entwickelt hat, und denen neuerdings theilweise die Gesetzgebung zu folgen sich bemüht. Hier tritt die eminente soziale Wichtigkeit des Instituts (Betheiligung des Arbeiters an dem durch seine Thätigkeit erzielten Kapitalgewinn) ganz besonders hervor, und daher war auch gerade auf diesem Anwendungsgebiete unserer Lehre die Logik der Thatsachen so überzeugend, daß sie sich, gleichsam von innen heraus, über alle Hindernisse hinweg mit dem Aufschwung der modernen Industrie Bahn brach. Mochte immerhin das römische Recht bestimmen, daß bei der Lokation der operae der Lohn nur in pecunia numerata bestehen könne, — Gewerbe und Industrie verlangten andere Entlohnung, wenn sie aufblühen und der Unternehmer geeignete Kräfte zum

---

Hirt mit dem politor agri, an sich ebenfalls einem Werkmeister (s. oben § 8 nach Note 7), zusammengestellt wird.

14) Vgl. schon oben § 12 nach Note 5. Doch kommt der Vertrag auch als selbständiger, also nur in Betreff einer Viehheerde vor. *Windscheid*, Pand. II § 400 Anm. 22. Mit Unrecht führt *Glück*, Pand. Bd. 17 S. 492 für diesen Vertrag die l. 9 Cod. de pactis als Beispiel an, obschon er ihn von Theilpacht richtig absondert. Das Rechtsgeschäft ist überhaupt nicht partiarisch, obschon am Schluß der dann vorhandene Viehbestand zwischen demjenigen, der das Vieh dem Hirten übergab, und letzterem getheilt wird. Die Theilung erfolgt *nicht nach einem Quotenverhältnisse, sondern der Uebergebende erhält soviel zurück, als der Taxe* bei der Hingabe entspricht (locatio-conductio irregularis). Vgl. auch die ausführliche Regelung dieses Verhältnisses im Code Napoléon Art. 1821 ff. und im codice civile italiano Art. 1687 ff. Cf. l. 54 § 2 Dig. locati (19, 2).

Betriebe des Geschäfts auffinden sollte. Da blieb ihm vielfach kein anderes Mittel, als den Arbeiter selbst am Erfolg des Unternehmens zu interessiren, d. h. ihm an Stelle oder neben einem festen Lohn einen verhältnißmäßigen Antheil am Gewinn der Unternehmung — eine sog. Tantième — zu versprechen. Nichts lag ihm dabei ferner, als den Arbeiter zum socius zu machen, und auch der Arbeiter dachte wohl nie daran. Weder das Unterordnungsverhältniß unter den Arbeitgeber wird beseitigt, noch verzichtet der Unternehmer bei dieser Lohnform auf sein ausschließliches Recht der Leitung der Geschäfte[1]). Er kann den am Gewinne interessirten Arbeiter wie jeden anderen entlassen. Dem

1) So auch ausdrücklich — trotz der nicht zu billigenden Qualifikation des Kontraktes — die Entsch. d. ROHG Bd. 17 S. 276 u. d. RG Bd. 20 S. 165 ff. In dem ersteren Urtheil heißt es geradezu:

> Das zwischen dem commis intéressé und dem Prinzipal betreffs der Betheiligung des ersteren am Gewinne des letzteren bestehende Rechtsverhältniß ist nach den Grundsätzen des allgemeinen bürgerlichen Rechts über Gesellschaft zu beurtheilen.

Und im letzteren Urtheil (vom Jahre 1888) wird ausgeführt:

> Der Kläger steht hinsichtlich des Anspruchs auf Gewinnantheil societatis iure; indeß wird hierdurch nicht das Rechtsgeschäft in seiner Gesammtheit charakterisirt. In ähnlicher Weise ist auch das Rechtsverhältniß des commis intéressé, der neben dem festen Gehalte eine Tantième bezieht, nicht in seinem ganzen Umfange, sondern höchstens in Bezug auf den Gewinnanspruch als Gesellschaft zu betrachten.

Das ist in Wahrheit — statt einer Fortbildung des Rechts — ein Rückfall in die alte Innominatkontraktstheorie, die wir in Deutschland wenigstens schon abgestorben wähnten (vgl. oben § 6). Denn was für ein Vertrag soll denn der Mischvertrag der obigen Ausführungen, der sich pro parte aus Sozietät, pro parte aus etwas Anderem, nicht einmal Definirten, zusammensetzt, sonst sein? Ein nach modernen Grundsätzen solo consensu klagbarer, unbenannter Vertrag! Da hätte man die modernen Grundsätze besser an anderer Stelle auf das römische Recht zur Anwendung bringen d. h. sagen sollen, daß das Erforderniß der pecunia numerata durch heutige Gewohnheit beseitigt sei. Statt vorwärts zu schreiten, ist man zurückgeschritten.

letzteren liegt seinerseits jede Absicht fern, sowohl im Allgemeinen mit dem Herrn auf gleichem Fuße zu verkehren, als sich in die Leitung des Unternehmens einzumischen und dessen Risiko zu theilen[2]). Er will nur den Erfolgen seiner Thätigkeit entsprechend entlohnt werden; für seine Tüchtigkeit im Voraus sich auch einer klingenden Anerkennung versichern. Meist handelt es sich dabei um eine Tüchtigkeit und Umsicht, die vor dem Zeitpunkt, wo sie sich bethätigt, überhaupt in Geld nicht schätzbar ist, ja vielfach äußerlich gar nicht hervortritt, so daß das Maß der Dienstleistung hier nicht, wie bei dem Tagelohn, nach einem äußeren Maßstab, sondern nicht selten nur nach dem Erfolg beurtheilt werden kann. Erst der Erfolg zeigt, was in Wirklichkeit geleistet worden ist; und darum ist es nicht mehr als billig, daß der Arbeiter, welcher durch seine Thätigkeit dem Herrn in dieser Weise einen zu einem festen Tage- oder Wochenlohn in gar keinem Verhältniß stehenden Gewinn verschafft, auch durch eine entsprechende Betheiligung an diesem Gewinn entlohnt werde. Daran hat auch der Herr Interesse. Denn da die Qualität und Intensität der Dienste hier nicht abschätzbar, ja vielfach bei der Dienstleistung selbst noch gar nicht wahrnehmbar und daher kontrolirbar ist, so gibt es für den Herrn kein besseres Mittel, die Tüchtigkeit, die Intelligenz und den Eifer des Arbeiters anzuspornen, als indem er ihm Antheil am Produkte seiner Arbeit selbst verspricht, so daß die Höhe des Lohns sich nach dem Resultat der Arbeit selbst richtet. Nach diesem Maßstab kann der Herr dem Arbeiter viel mehr Lohn zusagen, als in fester Form, also wenn er trotz eigener Verluste das versprochene Fixum zahlen müßte. Aus diesem doppelten Interessenverhältniß — nicht Interessengemeinschaft — der Parteien hat sich im heutigen gewerblichen und industriellen

2) S. auch Entsch. d. ROHG Bd. 6 n. 8 S. 28.

Leben das Institut des Quotaldienstvertrags entwickelt und wird unzweifelhaft als ein Programm der Zukunft immer weitere Ausdehnung gewinnen und zur Ausgleichung des Gegensatzes zwischen Kapital und Arbeit nicht wenig beitragen. Durch die Betheiligung des Arbeiters am Produktionsgewinn läßt sich erzielen, daß die an sich tiefliegendsten Interessengegensätze von Kapital und Arbeit auf einem gewissen neutralen Boden ausgeglichen werden und sich auf gleicher Bahn zusammenfinden. Wie der Arbeiter des Kapitals bedarf, um etwas schaffen zu können, so bedarf der Besitzer des letzteren der schaffenden Kräfte. Er selber hat die Leitung des Unternehmens, aber regelmäßig auch das Risiko — ihm ist der Besitz, für ihn aber auch aller Verlust; der Arbeiter kann nur den Lohn bezw. seine Lohnquote verlieren, wird aber für Fleiß und Glück bei dem Betriebe entsprechend höher bezahlt. So sieht man, wie dasselbe Prinzip, welches in Form der Theilpacht und der landwirthschaftlichen Quotallohnverträge fast als Ueberbleibsel einer im Allgemeinen überwundenen Stufe der Naturalwirthschaft erschien, aber schon auf die Sachenmiethe übertragen, eine durchaus moderne Seite seines Wesens offenbarte, nun vollends auf industriellem Boden sein verheißungsvolles, der Zukunft zugewandtes Antlitz, als Vorkämpfer im Dienst ausgleichender Gerechtigkeit und zur Versöhnung der wirthschaftlichen und Klassengegensätze unserer Zeit in voller Deutlichkeit enthüllt.

§ 25.

Die Anfänge der Anstellung interessirter Arbeitskräfte zu gewerblichen und industriellen Unternehmungen sind, wie oft im Falle großer Umwälzungen, verhältnißmäßig klein und unscheinbar. Ein Kaufmann verspricht seinem Handlungsgehülfen neben oder anstatt eines festen Gehaltes einen Antheil (gewisse Prozente) am Geschäftsgewinn, so wie der

letztere sich bei Abschluß der Rechnung (meist der Jahresbilanz) ergeben werde. Der Antheil soll entweder vom Ertrage des Gesammtbetriebs des Unternehmers oder gewisser Geschäftszweige, in denen der Handlungsgehülfe vorzugsweise thätig war, oder von dem Gewinne einzelner vom Angestellten im Auftrage des Prinzipals geführter besonderer Geschäfte, z. B. der von einem Handlungsreisenden zu Stande gebrachten einzelnen Geschäftsabschlüsse genommen werden. Ein derartiges Versprechen steigert natürlich Leistungsfähigkeit und Ausdauer des Angestellten außerordentlich, und so ist es kein Wunder, daß die heutigen auf Massenproduktion und Massenumsatz bedachten Gewerbtreibenden diese Lohnform vielfach einführten, bevor noch Gesetzgebung und Wissenschaft sich in der Lage sahen, die Einzelheiten dieses Rechtsverhältnisses zu übersehen und näher auszubilden. Die technischen Ausdrücke für diese Lohnform (Tantième), wie für den nach diesem Modus Angestellten (commis intéressé) sind bei uns noch immer ausländische; ein Zeichen, wie sich der Usus selbst vom Ausland eingebürgert hat. Auch ist der innere Zusammenhang der Lohnform mit den anderen partiarischen Rechtsverhältnissen, die wir schon kennen lernten, bisher noch nicht genügend gewürdigt[1]). Wir sprechen vom „Quotaldienstvertrag" und „partiarisch Angestellten": ein Typus von täglich wachsender Bedeutung,

1) Wer hat z. B. auf die enge juristische und wirthschaftliche Beziehung der Theilpacht zum Anstellungsverhältnisse des commis intéressé gebührend hingewiesen? Wir haben die Figur des letzteren übernommen und ihn gewissenhaft im Handelsrecht unter den Handlungsgehülfen eingestellt; aber sein Anstellungsverhältniß hat weder besondere wissenschaftliche Pflege erfahren noch ist es als Glied der großen Kette partiarischer Geschäfte erkannt worden, die das Gebiet des ganzen Vertragsrechts über Arbeit erfüllen. Seine Bedeutung schien erschöpft, da man es vom Gesellschaftsvertrag gehörig absonderte. Schon das hatte seine Schwierigkeit. Nur die Rechtsprechung beschäftigte sich nothgedrungen gelegentlich mit dem Detail, indeß auf mangelhafter Basis. Vgl. z. B. § 24 Anm. 1.

der sich keineswegs im bloßen kaufmännischen Handlungsgehülfen erschöpft, sondern welchem wir im heutigen industriellen und gewerblichen Leben fast überall begegnen. So findet die Quotalentlohnung nicht nur für Leistung kaufmännischer Dienste statt, sondern auch für technische Arbeiten. Ein Fabrikant z. B. gewährt seinen Arbeitern in der Fabrik bestimmten Antheil am Ertrage der daselbst gefertigten Produkte. Ganze Geschäftshäuser, Fabriken und industrielle Etablissements entlohnen ihr Personal mehr oder minder durch eine sog. Tantième vom Gewinn; sie errichten Filialen an anderen Orten, denen ein Geschäftsführer oder technischer Direktor vorsteht, welcher bis zu gewissem Grade selbständig wirthschaften soll, wenn er auch der allgemeinen Direktive und Kontrole des Haupthauses unterstellt ist. Die wirksamste Kontrole (oder vielmehr, was in den meisten Punkten Reglements und Direktiven unnöthig macht) besteht darin, daß ihm selbst Antheil am Gewinne der von ihm geleiteten Zweiganstalt gewährt wird[2]), so daß alsdann ein solcher unter Umständen eminent wichtiger Posten, obschon er nicht selten technischer Natur oder blos ein Kontrolposten ist, zu den bedeutsamsten Erscheinungen der partiarischen Dienstmiethe gehört[3]). — In ähnlicher Weise besteht kein Hinderniß und ist schon öfters praktisch geworden, auch eine Vermögensverwaltung oder andere Geschäftsbesorgung[4]) in der Art anzuordnen, daß dem Verwalter an

2) Sehr häufig sind seine Untergebenen gleichfalls mit Tantième angestellt, so daß also der ganze Betrieb partiarisch stattfindet. Verwirklicht eine solche Organisation, in weiterem Maßstab eingeführt, nicht geradezu das sozialistische Ideal auf dem Boden der bestehenden Rechts- und Gesellschaftsordnung, d. h. soweit es überhaupt der Verwirklichung fähig (nicht utopisch) ist?

3) Auch der zum Vertriebe gewisser Erzeugnisse (Wein, Bier ꝛc.) installirte Wirth, von welchem oben (§ 19 nach Note 5) die Rede war, gehört unter diese Kategorie.

4) S. über diesen Begriff des Näheren noch unten beim Werkvertrage. — Auch der Vorstand und Aufsichtsrath von Handels-

Stelle oder neben anderer Vergütung Prozente an den wechselnden Jahres- und sonstigen Einkünften eines von ihm verwalteten Vermögens zugestanden wurden, was selbstverständlich für die Güte der Verwaltung, namentlich in schwierigen Situationen, von entscheidendem Einfluß sein kann. Schauspieler werden, damit sie sich besondere Mühe geben, gegen Tantième angestellt u. dgl. mehr.

Ausländische Gesetzgeber haben dem commis intéressé besondere Aufmerksamkeit geschenkt[5]) und seine Rechte und Rechtsverhältnisse zum Prinzipal, die vielfach nicht so einfach zu bestimmen sind, besonderer Regelung unterzogen. Bei uns begnügt man sich bislang, die Lohnform selbst als solche anzuerkennen und überläßt das Weitere der Wissenschaft[6]). Ob es aber bei der stetig wachsenden Komplizirung

---

gesellschaften und juristischen Personen (§ 27 BGB) kann in dieser Weise gegen Tantième angestellt sein. Auch unter Umständen ein Testamentsvollstrecker. Vgl. § 2221 BGB. Z. B. wenn die letztwilligen Verfügungen des Erblassers, die er zur Ausführung zu bringen hat (§ 2203), ein besonderes Maß von Geschicklichkeit und Umsicht voraussetzen, um von Erfolg zu sein, so kann dem Testamentsvollstrecker im Testamente selbst ein Antheil an dem Ergebniß zugesichert werden, sofern es nur in dieser Weise theilbar ist. Hier begegnen wir zum erstenmal einem einseitigen partiarischen Geschäfte.

5) Vgl. den italienischen c. com. Art. 86 u. das englische Gesetz vom 5. Juli 1866 (s. Lyon-Caën et Renault, Traité de droit commercial II n. 62). In Frankreich wurde (seit 1889) über ein Gesetz betr. die sociétés coopératives und über den *contrat de participation aux bénéfices* (als Abänderung des Tit. III Art. 48—54 des Ges. v. 24. Juli 1867) debattirt, von beiden Kammern auch beschlossen, aber mit Abweichungen, über welche keine Einigung erzielt wurde. S. noch comte rendu des séances du congrès international de la participation aux bénéfices (exposition de 1889). Rapport de M. Gonse.

6) In dieser Beziehung ist bedeutungsvoll die Ausdrucksweise unseres revidirten Handelsgesetzbuchs v. 10. Mai 1897, welches mit Beziehung auf die Handlungsgehülfen nicht mehr wie früher (Art. 57) von „Gehalt und Unterhalt", sondern — entsprechend dem § 611 BGB — nur noch von der dem Angestellten zukommenden „Ver-

der handels- und gewerberechtlichen Verhältnisse auf die Dauer so weitergehen wird, darf füglich bezweifelt werden[7]).

Dagegen hat sich unsere Gesetzgebung wenigstens theilweise mit einem andern Falle beschäftigt, in welchem die Honorirung geleisteter Dienste nach Prozenten auf Grund einer, man kann wohl sagen, internationalen Uebung des Handelsstands erfolgt. Es ist ein Fundamentalgrundsatz des Handelsrechts, daß ein Gewerbetreibender seine Dienste einem Andern nicht umsonst zur Verfügung stellt; vielmehr wenn er in seinem Berufe für einen Andern thätig ist, dabei regelmäßig auf Vergütung rechnet, auch wenn eine Vereinbarung über die letztere gar nicht stattgefunden hat. Mit Rücksicht darauf gewährt ihm das Recht einen Vergütungsanspruch ganz abgesehen von der Lohnabrede; also nicht blos unter dem Gesichtspunkt einer stillschweigenden Vereinbarung (was selbstverständlich wäre), sondern selbst dann, wenn sich der Dritte, welcher die Dienstleistung empfing, in der irrigen Meinung befand, daß er sie unentgeltlich erhielte. Jeder kann resp. muß wissen, daß die zu einem Handels-

---

gütung" redet. Es gilt somit entsprechend das oben § 21 über die mögliche Art der Vergütung Ausgeführte. Auch in den bisherigen deutschen Partikularrechten ist meist der Gesichtspunkt der Gesellschaft abgelehnt. So nach dem Preuß. ALR I 11 § 869 (weil der commis intéressé Handlungsgehülfe ist), dem Sächsischen GB § 1231 und selbstverständlich auch dem Code civil u. Bad. LR Art. 1779 ff., auf welchem in Frankreich diese ganze Lohnform erwachsen ist. Vgl. Heise u. Cropp, Jur. Abhandl. I S. 3 ff. Wendt in Endemann's Handb. des Handelsrechts I S. 253. Behrend, Handelsrecht I S. 318 ff. Dernburg, Preuß. Privatrecht II § 214 N. 12. Urth. des Großh. Bad. Oberhofgerichts Mannheim i. Goldschmidt's Ztschr. f. Handelsr. Bd. 14 S. 545 ff. u. des ROHG Bd. 1 S. 193 ff., anderseits auch die oben § 24 Anm. 1 u. 2 cit. Urtheile.

7) Auch Georg Cohn, Zur Revision des Handelsgesetzbuchs, i. Archiv für bürg. Recht Bd. 12 S. 228 u. Düringer i. d. Monatsschr. f. Aktienrecht u. Bankwesen Bd. 5 S. 385 vermissen eine gesetzliche Regelung dieses Verhältnisses in unserer Handelsrechtsnovelle.

gewerbe gehörigen Dienste eben deshalb, weil der Leistende aus ihnen ein Gewerbe macht, nicht unentgeltlich erfolgen. Ist also ein besonderer Entgelt nicht vereinbart, so muß die übliche Vergütung eintreten; ganz ebenso wie auch beim Kauf ohne besondere Preisabrede der (eventuell durch Sachverständige zu bestimmende) übliche Preis der Waare geschuldet wird[8]). Diesen üblichen Preis drückt nun der Handelsstand in unserem Falle durch den Begriff der Provision aus; und demgemäß bestimmt das Handelsrecht (§ 354 HGB), daß Jeder, der in Ausübung seines Handelsgewerbes einem Anderen Geschäfte besorgt oder Dienste leistet[9]), dafür auch ohne Verabredung Provision nach den an dem betreffenden Orte üblichen Sätzen fordern darf[10]). An sich bedeutet eine solche Provision nicht anderes als Vergütung. Das ergibt sich aus der Gesetzesstelle selbst — der Gleichstellung der Provision, Zinsen und Lagergelder für den Fall, daß die Dienstleistung in einer Aufbewahrung besteht —, sowie aus andern Stellen, z. B. § 394, wo die Ausdrücke Provision und Vergütung geradezu promiscue gebraucht werden[11]).

8) Vgl. Dernburg, Pandekten II § 94 Anm. 21 ff. u. Preuß. Privatrecht II § 135 nebst den dortigen Citaten.

9) Z. B. für Ueberlassung von Waaren zum Gebrauch, Uebernahme eines Risiko durch Gefälligkeitsaccept (vgl. Entsch. d. ROHG Bd. 11 S. 248), Bürgschaftsübernahme, Krediteröffnung, Pfandverkauf für den Schuldner und Selbsthülfeverkauf bei mora oder Kontraktwidrigkeit der übersendeten Waare u. dgl. Bolze, Praxis d. RG Bd. 12 N. 474.

10) Viel weniger gut drückt sich das BGB in §§ 612, 632, 653, 689 aus: „Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die betreffende Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist." Etwas das mehr ist, als stillschweigende Verabredung (die nach dem oben Bemerkten z. B. bei error fehlen würde) wird als solche fiktiv hingestellt. Ist danach die Berücksichtigung des subjektiven Momentes ganz ausgeschlossen oder nicht? Es droht eine Streitfrage nach Art der über § 873 I Tit. 11 des Preuß. ALRs, die durch eine mehr objektive Fassung vermieden worden wäre.

11) Delkredereprovision = besondere Vergütung. S. über den

Aber der Handelsgebrauch verbindet mit dem Begriff nicht selten eine besondere Vorstellung, die gerade deshalb hier bedeutsam wird, weil es sich um eine auf den Usus abgestellte Vergütung handelt. Wie die Zinsen regelmäßig nach Prozenten des Kapitals berechnet werden, also eine Quote des Kapitals darstellen, welche periodisch für den Kapitalsgebrauch geschuldet wird, so wird auch die hier in Rede stehende Vergütung regelmäßig nach Prozenten des Werths bemessen, den die betreffende Dienstleistung für den Besteller hat. Dieser Werth wird aber nicht nach dem persönlichen Interesse des Bestellers (wie ein Schadensersatz), sondern nach einem generellen Maßstabe berechnet, nämlich nach dem Werth oder Preis des Gegenstandes, auf welchen sich die Dienstleistung bezieht. Damit ist eine Lohnform geschaffen, welche mit der Gewährung einer Tantième am Geschäftsgewinne das gemeinsam hat, daß dem Arbeiter ein proportionaler Antheil an einem einzelnen von ihm ausgeführten Geschäft (an dem Erfolg der Dienstleistung), wenn auch nicht an dem Gesammtertrage einer fortlaufenden Thätigkeit gesichert wird. Darum ist die Bewilligung einer Provision, im Gegensatz zur Anstellung gegen Tantième, im Handelsverkehr vorzugsweise da üblich, wo eine dauernde Thätigkeit des Arbeiters für einen und denselben Arbeitgeber, insbesondere ein festes Anstellungsverhältniß fehlt. Denn soll derjenige, der die Dienste leistet, einmal mit Prozenten vom Resultate seiner Thätigkeit belohnt werden, so liegt es in dem letztern Falle näher, die Betheiligung auf die vom Dienstleistenden persönlich ausgeführten einzelnen Geschäfte und Besorgungen zu beschränken. Immerhin kommen auch gegentheilige Beredungen vor. So kann (mit Rücksicht auf die Wichtigkeit gewisser Dienste für den gesammten Geschäftsbetrieb des

Begriff der Provision, der kein durchaus bestimmter ist, auch die Ausführungen des ROHG Bd. 22 S. 73 u. 408 ff.

Arbeitgebers) auch ohne dauerndes Anstellungsverhältniß dem Leistenden eine Quote vom gesammten Unternehmergewinne innerhalb bestimmter Zeit zugesichert werden, wie umgekehrt ein dauernd Angestellter auf Provision an einzelnen von ihm besorgten Geschäften gesetzt sein kann (s. z. B. § 65 HGB). Ja neben beiden Lohnformen kann unter Umständen noch eine feste Vergütung verabredet sein, z. B. in der Weise, daß eine Mindesteinnahme aus den in der einen oder andern Form versprochenen Prozenten garantirt wird, also eine Zuzahlung stattfindet, wenn deren Summe einen bestimmten Ansatz nicht erreicht. Oder es ist ein festes Grundgehalt bedungen, während die Prozentualbetheiligung des Arbeiters nur als eine Erhöhung dieses Bezugs im Sinne von Prämien gedacht ist. Es ist schon darauf hingewiesen, daß solche Nebenberedungen den Typus des partiarischen Rechtsgeschäfts nicht alteriren.

Indeß würde man fehl gehen, wollte man in allen Fällen, in denen die Leistung gewisser Dienste oder die Besorgung von Geschäften gegen Provision stattfindet, ein partiarisches Verhältniß annehmen. Es ist vielmehr eine genaue Unterscheidung zu machen. Im Allgemeinen ist die Provision ganz einfach Lohn, und zwar ein Geldlohn, der nach Prozenten vom Werthe der geschäftlichen Operation bemessen wird. Es handelt sich also hier um eine Vergütung, bei welcher nur das Eine wesentlich ist, daß sie nach Maßgabe des Werths der Dienstleistung im obigen Sinne bestimmt wird, nicht aber daß sie aus den durch diese Dienstleistung erlangten Werthen entnommen wird. Und weiter ist die Provision (als ein gewöhnlicher, wenngleich nach eigenartigen Grundsätzen bemessener Lohn) auch dann verdient, wenn das Geschäft dem Auftraggeber gar nicht den gehofften Gewinn gebracht hat, sofern dabei nur kein Verschulden Desjenigen unterläuft, welcher die Dienste leistet. Im partiarischen Rechts-

geschäft dagegen setzt (soweit dessen Charakter reicht) jede Entlohnung einen *Gewinn* des anderen Vertragstheils aus der stattgefundenen Operation voraus, oder wenigstens einen vom anderen Theile *abgewendeten befürchteten Verlust*[12]). Denn der versprochene Lohn besteht hier stets in einer Betheiligung des Arbeiters ꝛc. an diesem Gewinn. Hat also die bedungene Dienstleistung oder Geschäftsbesorgung, deren Gegenstand einen bestimmten Geldwerth oder Preis hat (z. B. der Export von Waaren im Werthe von 100000 Mark), gegen *Provision* stattgefunden, so kann der Spediteur die Provision auch fordern, wenn demnächst am Bestimmungsort der erhoffte Absatz der Waare nicht gelingt und letztere mit Verlust unter dem Preis verkauft werden muß. Ist das Exportgeschäft dagegen *partiarisch* abgeschlossen, so ist der Exporteur bei einem gleicher Weise bedungenen Prozentsatz nur berechtigt, die Quote vom Gewinn zu fordern, den der Auftraggeber aus dem geplanten überseeischen Absatz der Waare wirklich zieht, so daß er im genannten Falle Nichts zu fordern hat.

Zur Kennzeichnung der partiarischen Verabredung in Fällen, in denen handelsrechtlich für gewöhnlich Provision in Frage kommt, kann man von einer besonderen *Gewinnprovision* reden, die statt vom allgemeinen Werthe des Geschäfts, von dem *konkreten, für den Geschäftsherrn daraus resultirenden Gewinn berechnet wird*. Es

12) Einen Verlust, der nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge zu befürchten war. Auch hier verfolgt die Arbeit, insofern sie wesentlich diesen Verlust vermeiden soll, vom wirthschaftlichen Standpunkt aus denselben Zweck, wie wenn sie dem Vermögen des Anderen neue Werthe zuführt. Verluste abwenden, ist gerade so gut „Vermögensverbesserung", wie nach vulgärem Sprachgebrauch das Schuldenzahlen. Oder wie z. B. nicht nur das damnum emergens, sondern auch das lucrum cessans ersatzfähig ist, so ist hier nicht nur das lucrum emergens, sondern auch das damnum cessans durch Antheilgewährung am demnächst Vorhandenen belohnbar. Beispiele in § 38 bei Note 6; § 62 Note 17.

versteht sich von selbst, daß eine solche Provision der Regel nach weit höher sein wird, als die gewöhnliche: nicht nur als Entgelt für das besondere Risiko des Dienstleistenden, der sonst gar keine Veranlassung hätte, partiarisch zu kontrahiren, sondern auch weil der Betrag, von welchem sich hier die Provision berechnet, erheblich kleiner ist, als bei Berechnung vom gesammten Gegenstande der Operation. — Ob nun im Einzelfalle eine derartige Gewinnprovision oder nur die gewöhnliche Provision verabredet ist, ist Thatfrage. Der Willkür der Parteivereinbarung ist in dieser Beziehung keine Schranke gesetzt. Der Unterschied der Gewinnprovision von Tantième liegt anderseits darin, daß sich die Provision nur vom Gewinn des einzelnen Geschäfts berechnet, bei welchem sie bedungen ist, also welches der Arbeiter mit dieser Maßgabe geführt hat, während die Tantième in einem Antheil an dem Resultate des Gesammtbetriebs des Arbeitgebers oder einer gewissen Produktionsgattung besteht: also aller Geschäfte gewisser Art, welche innerhalb der Dienstzeit des Arbeiters in dem betreffenden Betriebe ausgeführt worden sind.

Auch die Verabredung einer Gewinnprovision ist dem Schicksal sämmtlicher partiarischer Vereinbarungen, denen wir bis jetzt begegneten, nicht entgangen, mit einem Gesellschaftsvertrage verwechselt zu werden[13]). Zur Widerlegung

13) Vgl. dagegen schon die rühmenswerthe Entscheidung des Appellgerichtshofes zu Rennes v. 28. April 1828, Dalloz, Répertoire de législation s. v. société n. 135:

Considérant en droit, qu'une pareille convention (d'opérer la vente de certaines marchandises moyennant une partie aliquote des bénéfices) n'a pu avoir l'effet d'établir entre les parties une association en participation et qu'elle a seulement conféré à l'intimé la qualité de mandataire salarié ou commissionaire.

Umgekehrt bemerkt noch unser Reichsoberhandelsgericht in seiner Entscheidung Bd. 22 S. 77 ff. vom Jahre 1877:

Anstatt der sonst üblichen Provision ist der Exportkommissionär hier für seine Bemühungen und Leistungen auf die

brauchen wir uns hier nur noch auf unsere früheren Ausführungen, insbesondere auf den Umstand zu beziehen, daß in den Beispielen der Note zweifelsohne den Parteien der animus societatis contrahendae gefehlt hat, sodaß keinerlei gesellschaftliche oder auch gesellschaftsähnliche Verbindung in Frage kommen konnte. Natürlich muß hier, da an sich auch ein Umgekehrtes möglich ist, wie stets im Einzelfalle untersucht werden, ob Gesellschaft oder ein partiarischer Arbeitskontrakt beabsichtigt war. Nur diesen letzteren als solchen abzuleugnen oder in den konkreten Fällen eine Mischfigur aus Sozietät und anderen Verträgen zu erblicken, muß als juristisch durchaus verfehlt zurückgewiesen werden.

Es ist bereits hervorgehoben worden, daß die Provisionsgewährung sich als Lohnform auf handelsrechtliche Verhältnisse, und unter diesen vorzugsweise auf diejenigen beschränkt, in welchen der Arbeitsvertrag zwischen gewerblich selbständigen Personen abgeschlossen wird[14]). Daß ein Angestellter z. B. ein Handlungsgehülfe auf Provision angestellt, also auf einen Verdienst aus einzelnen Dienstleistungen (von ihm besorgten Geschäften und dgl.) angewiesen wird, ist Ausnahme. Auf diesen Fall kommen entsprechend die für den Provisionsanspruch selbständiger Gewerbtreibender, insbesondere die für Agenten gegebenen

---

Hälfte des erhofften Gewinnes angewiesen worden, welcher sich nach Abzug aller Unkosten über den verabredeten Einstands- oder Selbstkostenpreis der Waaren ergeben würde. Durch diese Besonderheit erhält das Geschäft allerdings in gewisser Beziehung einen sozietätsähnlichen Charakter (!)

Vgl. damit die oben § 24 Anm. 1 citirten, auf gleicher Höhe stehenden Entscheidungen, um die Bedeutung des französischen Urtheils voll zu würdigen.

14) Ueber einzelne oder gewisse Serien von Dienstleistungen (z. B. beim Agenten eines bestimmten Handlungshauses).

Vorschriften zur Anwendung (s. auch § 65 HGB). Wir werden daher im Folgenden beim Quotaldienstvertrag nur von dem Falle reden, wo die bedungenen Dienstleistungen 2c., der fortlaufenden Thätigkeit des Arbeiters gemäß [15]), periodisch in gewissen Zeitabschnitten und nach Maßgabe des in den letzteren erzielten Gewinnes entlohnt werden: also von natürlichen Fruchterträgen und Tantièmen. Die partiarische Entlohnung einzelner Dienstleistungen und Geschäftsbesorgungen aus dem speziellen Resultat der letzteren (das also schon beim Kontraktschluß wesentlich in's Auge gefaßt ist) weist mehr auf die Kategorie des Werkvertrags oder (wie häufig im Handelsrecht) auf ein aus Dienst- und Werkvertrag gemischtes Verhältniß hin. Von diesem wird in späteren Abschnitten die Rede sein. Wir können, da sich bei den partiarischen Kontrakten zwei verschiedene Eintheilungsgründe, nach der Natur des Arbeitsverhältnisses und der besonderen Lohnform, kreuzen, nur ein principium divisionis befolgen: das nach der juristischen Gestalt der einzelnen Verträge. Bei jedem dieser letzteren besprechen wir alsdann diejenige partiarische Lohnform, die bei demselben vorzugsweise praktisch wird. Das war im Abschnitt von der Theilpacht, die Naturalvertheilung landwirthschaftlicher Roherträge. Für die vorkommenden industriellen Pachtverhältnisse verwiesen wir schon dort auf die einschlägigen Ausführungen des vorliegenden Abschnitts [16]). Hier handelt es sich überwiegend um die Vertheilung eines periodischen Betriebsgewinnes, sei es von der Gesammtproduktion des Unternehmers oder einer gewissen Produktionsgattung, aber um periodisch wiederkehrende Erlöse. Beim Werkvertrage soll dann schließlich die Vertheilung eines Gewinnes aus Einzelunternehmungen besprochen

15) Schon l. 1 Dig. de operis lib. (38, 1) betont den dauernden Charakter (diurnum officium) der operae.

16) S. oben § 15 Note 22 u. § 20 zu N. 9 u. 15.

und zugleich auf vorkommende Sonderfälle eingegangen werden. Soweit schon hier ein dauernd Angestellter, statt periodischer Betheiligung, auf Antheil an dem Gewinn aus einzelnen Geschäften angewiesen ist, müssen wir uns begnügen, auf die Analogie des Werkvertrags und späterer Verträge Bezug zu nehmen und bei diesen das Verhältniß incidenter zu erwähnen. Eine gleichzeitige Berücksichtigung so heterogener partiarischer Lohnformen wie der in Rede stehenden bei einem und demselben Kontraktsverhältniß würde die Darstellung des letzteren nur verwirren. Für hier genüge also nur der Hinweis, daß die periodische Betheiligung des partiarisch Angestellten an dem Gewinn des Herrn nicht die einzig vorkommende Art derselben im Quotaldienstvertrage ist.

II. Rechte und Pflichten der Parteien.

1. Besonderheiten des partiarischen Abschlusses.

Persönliche Dienstleistung des Angestellten.

§ 26.

Die gegenseitige Rechtsstellung der Parteien im partiarischen Dienstvertrage erhält gegenüber der gewöhnlichen dadurch ihr besonderes Gepräge, daß der Lohn des Arbeiters aus dem Produkte seiner Thätigkeit entnommen werden soll: in einem Antheil an demselben besteht. Von einem Lohn kann hiernach nicht die Rede sein, bevor das Resultat der Arbeitsleistung existirt, und dieser Umstand wirkt auf andere Seiten des Kontraktsverhältnisses eigenthümlich ein. Wir haben hier nur diesen besonderen Seiten des Quotaldienstvertrages nachzugehen, während wir im Uebrigen auf die in §§ 611 ff. des BGB und anderen Spezialgesetzen enthaltene Regelung des Vertrags verweisen müssen[1]). Das

1) Bergwerke werden (vgl. Art. 67 EG BGB) nach bergrechtlichen Grundsätzen, also nicht in unserm Sinne partiarisch betrieben.

gilt besonders hinsichtlich der Verpflichtung des Arbeiters zur ordnungsmäßigen Leistung der versprochenen Dienste[2]), eine Pflicht, die § 611 im Allgemeinen aufstellt und welche ihren näheren Inhalt, sei es durch die Vereinbarung der Parteien oder durch die erwähnte Spezialgesetzgebung über eine bestimmte Art der Dienstleistung empfängt. Auch manche Verpflichtungen des Arbeitgebers, die mit der Lohnzahlung nicht in Verbindung stehen, können hier auf sich beruhen, obschon sie sonst gewiß nicht unwichtig sind, z. B. die zwingenden Vorschriften der §§ 617—619 über gewisse soziale Pflichten des Herrn gegenüber seinen Angestellten, die auch auf andere derzeit noch vom Landesrecht beherrschte Dienstverhältnisse für anwendbar erklärt sind. Vgl. Art. 95 Abs. 2 EG BGB[3]). Diese allgemeinen Pflichten liegen dem Thema unserer Untersuchung sogar deshalb ferner, weil das, was sie bezwecken, in unserem Fall viel sicherer schon durch den Abschluß des partiarischen Kontrakts erreicht wird. Denn wir sahen schon oben, daß die soziale Bedeutung des letzteren auch darin liegt, daß die Interessengleichheit der Parteien den Herrn veranlaßt, sich des Arbeiters mehr als es sonst wohl zu geschehen pflegt, anzunehmen; sodaß besondere Kautelen nach dieser Richtung hier wohl überflüssig sind. Es bleibt daher im Wesentlichen nur übrig, derjenigen allgemeinen Verpflichtung des Arbeiters zu gedenken, welche in der persönlichen Ausführung der Dienstleistung be-

Auch der Gesindevertrag fällt wohl für unsere Betrachtung aus. Die folgenden Ausführungen beschränken sich überhaupt im Wesentlichen auf die jetzt durch das Bürgerliche Gesetzbuch vorgezeichnete Regelform des partiarischen Dienstvertrags.

2) Wobei er für culpa levis (§§ 275, 276 BGB), nicht wie ein socius für culpa in concreto haftet. Culpa ist es natürlich auch, wenn der Arbeiter von der übernommenen Arbeit nichts versteht. Er hätte sie dann nicht übernehmen sollen.

3) Für Handlungsgehülfen sind ähnliche Schutzvorschriften ergangen. Vgl. §§ 62 ff. der Handelsrechtsnovelle. Für die gewerblichen Arbeiter s. § 120 a GewO.

steht (§ 613 BGB). Schon im Gewöhnlichen ist es dem Dienstherrn nicht gleichgültig, von wem er die bedungenen Dienste geleistet erhält, und kann sich daher der Verpflichtete bei dieser Leistung im Zweifel nicht vertreten lassen. Die Dienste des Gegenkontrahenten sind es, die bei diesem Vertrage gemiethet sind; die Ausführung durch Fremde ist regelmäßig nicht Vertragserfüllung. Ist also schon gewöhnlich die Person des andern Kontrahenten und die Bewirkung der versprochenen Leistung durch denselben nach Absicht der Parteien wesentlich, so muß dies beim partiarischen Kontrakt in noch viel höherem Maße angenommen werden, so daß persönliche Ausführung der Arbeitsleistung durch den Verpflichteten wohl stets zu den Essentialien des Geschäfts gehört. Es gilt in dieser Hinsicht Alles, was oben (§ 14) bei der Theilpacht schon zur Sprache kam. Wie dort in den Kolonen, so ist hier in den Angestellten und seine Fähigkeiten das Vertrauen gesetzt, welches den Herrn zum Abschlusse des partiarischen Kontrakts bewog. Dieses Vertrauensverhältniß läßt sich nicht ohne Weiteres auf einen Dritten übertragen.

2. Betriebsleitung. Verhalten des Herrn zum Angestellten.

§ 27.

Es ist bereits hervorgehoben[1]), daß bei dem Quotaldienstvertrag der Herr die Leitung der dem Angestellten übertragenen Arbeit hat. Sie muß nach seinen Weisungen erfolgen, und der Herr kann die Ausführung im Einzelnen anordnen und überwachen. Obschon er sich im partiarischen Kontrakte dieser Mühe vielfach überheben will, indem er statt detaillirter Aufsichtsmaßregeln das Interesse des Arbeiters an möglichst guter Ausführung erweckt und mit dem seinigen verkettet, besteht das Aufsichts- und Direktionsrecht

1) S. schon § 10 nach Note 10 und weiter § 21.

des Herrn als ſolches doch auch hier, und letzterer iſt weit entfernt, ſich ſeiner zu begeben oder es mit dem intereſſirten Arbeiter zu theilen. Eine Theilung desſelben mit dem Arbeiter würde den letzteren zum socius erheben[2]); ihm ein Anrecht auf Ausführung der Arbeit in dem Sinne geben, wie er ſich davon Vortheil verſpricht: gleichwie ein jeder Geſellſchafter auf zweckentſprechende Mitwirkung des anderen socius zur Erreichung des Geſellſchaftszieles Anſpruch hat. Derartige Konzeſſionen liegen dem Herrn gegenüber ſeinem Arbeiter ganz fern. Vielmehr behält er ſich allein und ganz ausſchließlich die Leitung des Unternehmens vor[3]), für welches er die Dienſte des Verpflichteten in Anſpruch nimmt; er will ſich in den Betrieb weder hineinreden noch überhaupt hineinſehen laſſen. Er will nur dem Arbeiter einen in ſozialem Sinne abgeſtuften Lohn gewähren nach Maßgabe des eigenen Verdienſtes des Herrn. Wenn er ſelbſt Glück hat, ſo ſoll auch der Arbeiter, durch deſſen Schweiß der Mehrertrag erzielt iſt, davon mit Vortheil haben. Das kommt dann indirekt wieder dem Betrieb zu Gute. Die Leitung dieſes Intereſſencentrums aber behält der Herr ſich vor, wie auch der Feldherr ſein Kommando nicht mit den Truppen theilen kann, die er zum Siege führen will. Das um ſo mehr, als die Verkettung der Intereſſen des Arbeit-

2) Ueber die Auslegung des einzelnen Vertrages ſ. § 22. Zuſtimmend auch die meiſten franzöſiſchen Schriftſteller. Vgl. Lyon-Caën et Renault, Traité de droit commercial II n. 60. Entſch. des franz. Kaſſationshofes v. 21. Febr. 1831, Dalloz, Répertoire alphab. s. v. société n. 136, 1626 u. A.

3) Auch dieſes iſt in Frankreich wohl unbeſtritten. Vgl. Troplong, Du contrat de société I n. 46; Duvergier, desgl. n. 53; Pont, desgl. n. 87; Guillouard, desgl. n. 14; Laurent, Principes de droit civil XXVI n. 154; Lyon-Caën et Renault a. a. O. n. 58 ff. u. die Entſcheidungen bei Sirey, Recueil des lois et arrêts v. J. 1835, II S. 235 (Paris); 1845, II S. 422 (Lyon); 1847, II, S. 43 (Bordeaux); 1889, II S. 219 (Aix) in zahlreichen Anwendungsfällen. Vgl. Entſch. d. ROHG Bd. 1 S. 194.

gebers und Arbeitnehmers doch auch hier nur eine streckenweise, keine vollkommene ist[4]). Ganz auf dasselbe Ziel steuern sie beide nur da hin, wo die beiderseitigen Interessen durchaus parallel gehen. Wir sahen schon bei der Theilpacht[5]), wo der Keim einer Antagonie hier liegt. Dem Quotalarbeiter ist es in erster Linie um sofortige Erfolge zu thun. Er denkt nicht an die Zukunft, die ihm vielleicht nicht mehr gehört, da sein Kontrakt alsdann nicht mehr besteht. Wie der Theilpächter daher leicht geneigt ist, auf Kosten der dauernden Rentabilität des Grund und Bodens zu wirthschaften, so wird der landwirthschaftliche Quotallohnarbeiter in ähnlicher Lage dasselbe erstreben, während den industriellen Arbeitern die im Betriebe nothwendigen Reparaturen (Reservefonds und was damit zusammenhängt) ein Dorn im Auge sind. Ginge es nach ihnen, so würden wohl die dafür aufgewendeten Summen alle mit zum Gewinn geschlagen, der augenblicklich zur Vertheilung kommt; sie würden Alles im besten Zustand finden, die Zukunft stets nur in rosigem Lichte schauen. Hier wird es praktisch, daß dem Quotallohnarbeiter die Leitung des Unternehmens nicht gebührt; daß er sich fügen muß, soweit der Herr nur seinerseits im Rahmen des Kontraktes bleibt, also nicht ordnungswidrig, sei es aus Chikane oder übertriebener Aengstlichkeit, der Gegenwart gar nichts oder zu wenig zukommen lassen will und somit den Arbeiter an dem versprochenen Lohne schädigt. Diese verschiedenen Interessen wird das Gericht, wie bei der Theilpacht, auf Anrufen des einen Theiles auszugleichen haben. Es handelt sich dabei um eine richtige Anschauung der konkreten Verhältnisse und deren Umsetzung in die Praxis. Etwas Näheres läßt sich darüber nicht sagen. Nur für gewisse Situationen, besonders im Handelsrecht, kaufmännischen Betrieben u. dgl.,

4) S. oben § 21 nach Note 12.
5) Vgl. § 13 zu Note 6.

geben Recht und Sitte manchmal die Normen an, nach welchen bei Abwägung der Interessen der Gegenwart und Zukunft von den Betheiligten verfahren werden muß[6]).

Weit schwieriger ist die Frage zu beantworten, wie es zu halten ist, wenn die Dienste des Arbeiters aus irgend einem Grunde nicht oder nicht mehr gebraucht werden; sei es daß sie der Herr förmlich zurückweist oder sich so verhält, daß der Bedienstete dadurch an der Entfaltung seiner Thätigkeit gehindert wird. Auch hier wird man

a) den Fall besonders zu betrachten haben, wenn der Herr bei seinen Maßnahmen durchaus im Rahmen des Kontraktverhältnisses bleibt, wie dessen Inhalt sich nach den Grundsätzen verständiger Auslegung, der bisherigen Praxis in dem betreffenden Betriebe und aus den Regeln von Treu und Glauben im Verkehr ergibt. So wird der partiarisch Angestellte nicht verlangen können, daß plötzlich Tag und Nacht gearbeitet werde, wenn bisheran in dem Betriebe nur Tagesarbeit üblich war und eine Aenderung in dieser Hinsicht bei dem Vertrage nicht zur Sprache kam. Der Angestellte kann nicht behaupten, daß der Herr die ihm jetzt angebotene Nachtarbeit zurückweise, für die der Angestellte in dem höheren Ertrag des Unternehmens sein Aequivalent gefunden hätte. Der Herr hält sich durchaus im Rahmen des Vertrags, wenn er in solchem Falle die Nachtarbeit verweigert, dem Arbeiter zuliebe den Betrieb nicht steigert; wenn auch die Steigerung objektiv vielleicht (durch bessere Ausnutzung der Maschinen ꝛc.) dem Ganzen förderlich wäre. Man kann in diesem Fall nicht sagen, daß der Herr aus lediglich in seiner Person liegenden Gründen den Arbeiter an der Leistung der gedungenen Dienste verhindere. Denn jede Arbeit hat schließlich ein

6) S. darüber noch unten § 33 bei Note 4 ff.

vernünftiges Maß; und wie der Quotalvertrag dem Arbeiter nicht das Recht geben kann, ein darüber hinausgehendes Arbeitsquantum anzubieten und alsdann unter der Behauptung (vielleicht schon gar in der Voraussicht), daß sich der Herr darauf nicht einlassen werde, von Weigerung der Dienstannahme zu reden, so müssen auch noch andere Schranken anerkannt werden, über die hinaus, nach Maßgabe des zu ermittelnden Vertragsinhalts, eine Ausdehnung der Arbeit nicht gefordert werden kann: z. B. keine Arbeit an Sonn- und Festtagen, keine Heranziehung von Frau und Kindern des Arbeiters zur Beihülfe, ja unter Umständen nicht einmal täglich ununterbrochene Arbeit oder über ein gewisses Stundenmaß hinaus, soweit Orts- und Geschäftsgebrauch, Sitte, polizeiliche Anordnungen oder die allgemeinen Betriebseinrichtungen des Arbeitgebers entgegenstehen. Ueber diese Schranken hinaus kann also von einer subjektiven Dienstzurückweisung nicht die Rede sein.

Ein solches Arbeitsmaß setzt häufig auch der Zufall. Freilich muß es ein objektiver Zufall sein d. h. ein solcher, welcher die Möglichkeit der Dienstleistung überhaupt aufhebt oder beeinträchtigt (sie nur in minderem Umfang zuläßt); kein solcher, der bei fortdauernder Leistungsmöglichkeit und Leistungsbereitschaft des Schuldners nur den Arbeitgeber hindert, anzunehmen. Die Unterscheidung tritt im Leben nicht immer ohne Weiteres zu Tage, weil oft der Zufall so auftritt, daß er zunächst den Arbeitgeber an weiterer Annahme der Dienste hindert, während bei genauerem Zusehen doch auch der Arbeiter nicht leisten kann. So kann der Schauspieler nicht spielen, wenn das Theater, an dem er engagirt war, polizeilich geschlossen wird; denn die Schauspielerei setzt auch ein Publikum bezw. die Möglichkeit, vor einem solchen zu agiren, voraus. Wer in einer Fabrik explosiver Stoffe zur Herstellung der letzteren angestellt ist, kann die vertragsmäßigen Dienste nicht mehr leisten, wenn

der Betrieb des Herrn regierungsseitig untersagt wird. Und ebenso in anderen zahlreichen Fällen. Der Umstand nun, daß durch den Zufall auch der Arbeiter selbst nicht oder nur in minderem Umfang[7]) leisten kann, ist für die rechtliche Beurtheilung sehr wichtig. Tritt äußerlich auch eine Betriebseinschränkung 2c. durch den Herrn ein (eine ganze oder theilweise Nichtannahme der bedungenen Dienste), so handelt es sich dabei doch um Gründe, die außerhalb der Person des Gläubigers (Arbeitgebers) liegen und die Vertragsleistungen daher beiderseits beschränken oder aufheben. Für die minderen resp. weggefallenen Dienste erhält der Arbeiter auch nur geminderten bezw. keinen Lohn. Kann bei dem partiarischen Betriebe der Herr den Arbeiter behalten, so bezieht letzterer in Zukunft einfach von dem durch den casus geminderten Arbeitsertrag die Quote. Man hat zwar im gemeinen Recht versucht, dem Arbeitgeber die Gefahr zuzuschieben; aber einmal sind die dafür herbeigezogenen Quellenstellen nicht beweisend[8]) und anderseits würde nach

7) Z. B. es wird die Nachtarbeit, Sonntagsarbeit, die Beschäftigung von Frauen oder Kindern in dem Betriebe untersagt.

8) Zwar sagt l. 38 pr. Dig. locati (19, 2):

qui operas suas locavit totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas praestet.

Aber das ist nicht von objektiver Unmöglichkeit der Leistung zu verstehen. Sonst stände die Stelle in unlöslichem Widerspruch mit anderen, die den Grundsatz: periculum est locatoris mit hinreichender Bestimmtheit aufstellen. Vgl. z. B. l. 15 § 6 eod. u. dazu (gegen Fuchs i. Arch. f. civilist. Praxis Bd. 34 S. 405) bes. Mommsen, Beiträge zum ObIR I S. 383, ferner l. 19 §§ 9 u. 10 eod., wo die der oben cit. Stelle entsprechenden Worte

cum per te non stetisse proponas, quominus locatas operas . . . solveres

auf den Tod des Dienstherrn, also jedenfalls auf ein Ereigniß bezogen werden, das nicht in unserm Sinne eine objektive Unmöglichkeit der Leistung herbeiführt. Denn dieser Tod löst regelmäßig weder das Kontraktverhältniß auf, noch hindert er den Arbeiter an sich, die übertragene Arbeit auszuführen. Soweit deshalb nicht mehr angenommen werden kann, liegt der Grund in der Person des Ar-

der Natur des partiarischen Kontraktes jedenfalls die in dieser Hinsicht dem Arbeitgeber zugeschobene Gefahr durch die partiarische Lohnklausel von selbst wieder auf die Arbeiterschaft zurückfallen. Denn die Lohnzahlung erfolgt hier aus dem Resultat der Arbeit. Endlich ist aber überhaupt im Bürgerlichen Gesetzbuch der Grundsatz der Gefahrtragung für alle gegenseitigen Verträge so normirt, daß die eintretende schuldlose Unmöglichkeit der Leistung den Schuldner von seinen Vertragspflichten befreit, daß er aber anderseits dadurch auch den Anspruch auf die bedungene Gegenleistung verliert. Bei theilweiser Unmöglichkeit wird auch die Gegenleistung entsprechend gemindert (§ 323). Das muß auch für den Quotallohnarbeiter gelten.

b) Ganz anders liegt die Sache, wenn bei fortdauernder objektiver Möglichkeit der Leistung *der Arbeitgeber nur subjektiv gehindert ist, die Dienstleistungen anzunehmen*. Auch diese Hinderung kann auf einem Zufall beruhen, aber hier trifft der Zufall ausschließlich die Person des Arbeitgebers. Der Arbeiter ist leistungsbereit und leistungswillig: ihn trifft daher auch kein periculum. Der § 323 BGB ist hier nicht anwendbar. So ist es beispielsweise, wenn der Herr in Folge schlechter *Konjunktur* nur noch mit Verlust arbeiten kann und daher den Betrieb einschränkt oder gänzlich aufgibt. Er braucht nicht um des Angestellten willen weiter zu produziren, aber er muß für

---

beitgebers. Mit Beziehung darauf heißt es mit Recht: fidem contractus impleri aequum est. D. h. es muß trotzdem der Lohn bezahlt werden. Die von dem Advokaten u. patronus fisci handelnden Stellen (vgl. insbes. l. 1 § 13 Dig. de extraord. cogn. 50, 13) sind wegen der eigenthümlichen Rechtsstellung dieser Personen überhaupt kein Ausdruck einer allgemeinen Regel und daher für das heutige Recht nicht zu verwerthen. Vgl. auch *Mommsen* a. a. O. S. 360 387 ff. III S. 415, *Vangerow*, Pand. III § 591 Ziff. VII, *Windscheid*, Pand. II § 401 Anm. 6. Entsch. d. RG Bd. 3 n. 51 S. 179 u. A.

die bedungene Zeit der Dienstleistung dem Arbeiter den Lohn zahlen, wie wenn die Arbeit angenommen worden wäre — nach Maßgabe der Regeln vom Annahmeverzuge. Denn daß ein Zufall vorliegt, hindert den Eintritt des Annahmeverzuges nicht (s. unten u. die in Note 8 citirten Stellen). Doch kann nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch der Herr aus „wichtigem Grunde" kündigen (§ 626) und sich so in der That in solcher Zwangslage von der Verpflichtung weiterer Lohnzahlung befreien. Das Gesetz bürdet also das hier besprochene Risiko zugleich dem Angestellten auf und huldigt einem zweischneidigen Sozialismus, der beim gewöhnlichen Kontrakte vielleicht überrascht, gerade beim partiarischen jedoch erklärlich scheint. Der Angestellte muß sich sagen, daß sein Verdienst nicht blos von seiner Thätigkeit, sondern bis zu gewissem Grad auch von den äußeren Verhältnissen abhängt, welche die Leistungsfähigkeit des Unternehmers bedingen. Liegt, wie in dem bekannten Beispiel, der ganze Leib darnieder, so können auch die einzelnen Glieder nicht prosperiren. Im Wesen des partiarischen Kontrakts liegt dieser Satz von selbst. Hier geht daher die Vorschrift des § 626 in einer allgemeinen Regel auf. Ubi est commodum, ibi debet esse et periculum. Der Arbeiter, der bei gut gehenden Geschäften viel Lohn bekommt, erhält bei schlechter Konjunktur und dementsprechendem Rückgang des Verdienstes nur wenig und wird unter diesen Umständen wohl gern auf die Fortsetzung einer Thätigkeit verzichten, die ihm in dieser Form nichts weiter einbringt. Ja er kann selbst aus „wichtigem Grunde" kündigen, wenn ihn der Herr in solchem Falle nicht entließe.

Annahmeverzug liegt auch (und um so mehr) dann vor, wenn der Herr aus sonstigen Gründen, z. B. weil er sich anders entschlossen hat, die Dienste nicht oder nur in beschränktem Umfang annimmt. Oder wenn er versäumt, das seinerseits zur Arbeit Erforderliche vorzukehren, die noth-

wendigen Hülfshandlungen vorzunehmen, z. B. dem Arbeitspersonal die nöthigen Wohnungen oder Fahrgelegenheiten an oder zur Arbeitsstelle zu verschaffen, ihm den Zutritt zu dieser zu gewähren oder das Objekt, an dem die Arbeit vorzunehmen ist (das Grundstück, die Heerde) auszuantworten. In allen diesen Fällen ist mit der Weigerung der Vorbedingungen die Arbeit selbst gehindert, geradeso wie wenn die Annahme der Dienste selbst direkt verweigert worden wäre. Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt daher mit Recht die beiden Fälle gleich.

Der Annahmeverzug setzt übrigens voraus, daß der zur Dienstleistung Verpflichtete die Leistung gehörig angeboten hat[9]) (§§ 293 ff.). Ein Verschulden des Gläubigers (Dienstherrn) wird dagegen nicht mehr verlangt. Es genügt vollkommen, wenn deutlich erhellt, daß der Grund der Nichtleistung am Gläubiger liegt[10]). Dieses richtige Prinzip ist endlich allen Zweifeln zum Trotz im Bürgerlichen Gesetzbuch zur positiven Anerkennung gelangt. Das Gegentheil läßt sich weder aus der Analogie des Leistungsverzugs herleiten); denn Gläubiger- und Schuldenverzug gehen nicht parallel, sondern beruhen auf so verschiedenen Grundlagen, wie Recht und Pflicht verschiedene Dinge sind. Der Gläubiger ist der Berechtigte; er ist als solcher nicht verpflichtet, und daher auch nicht verpflichtet, die bestellten Dienste anzunehmen oder das zur Bewirkung derselben seinerseits Erforderliche zu thun. Muß Jemand eine Leistung annehmen, so ist er insoweit nicht Gläubiger, sondern Schuldner; wie der Depositar die zur Aufbewahrung bestimmten Sachen nicht als Gläubiger, sondern als Schuldner annimmt

9) Auf die Erfordernisse des gehörigen Angebots ist hier nicht einzugehen.

10) Si per creditorem stetit quominus solvatur. Vgl. oben Anm. 8. A. M. für das gemeine Recht noch Dernburg, Pand. II § 43 N. 10.

und auf Grund vorheriger Verabredung über die Aufbewahrung annehmen muß. Nicht selten legt das Recht nun auch dem wirklichen Gläubiger nebenher Pflichten auf, und eine solche Pflicht kann unter Umständen in dem Empfange der geschuldeten Leistung bestehen. So wird der Käufer nach § 433 BGB verpflichtet, die gekaufte Sache abzunehmen — nicht aber der Arbeitgeber die bestellten Dienste. Und das aus gutem Grund. Beim Kaufe liegt die Sache in der Regel fertig da; die Abnahme gebietet, wenn man sich zum Kauf entschloß, die ordnungsmäßige Rücksicht gegen den Verkäufer. Entweder wegen des Interesses, das letzterer daran hat, die seinem Verfügungsrecht entzogene Sache loszuwerden, sein Lokal zu räumen, um es mit neuen Waaren anzufüllen, mit denen er seinen Handel fortsetzen kann, oder weil die Sache, wenn sie weiter dort liegen bleibt, vermuthlich dem Verderben ausgesetzt ist. Dagegen wäre es widersinnig, die beim Kaufe allerdings zweckmäßige Abnahmepflicht zu verallgemeinern, also den Besteller einer Arbeit zu zwingen, sich dieselbe machen zu lassen, wenn er ihrer vielleicht gar nicht mehr bedarf; lediglich um das Produkt zu seinem größeren Aerger und Verdruß zwecklos bei sich hinzustellen. Davon kann um so weniger die Rede sein, als bestellte Arbeit in vielen Fällen keine Alltagswaare gibt, die man, wie die gekaufte, wenn man sie nicht braucht, leicht wieder loswerden kann; während umgekehrt der Arbeiter, der nur ein Thun versprochen und keine fertige Sache als Vertragsobjekt zu hüten hat, auch ohne eine gesetzliche Abnahmepflicht des Bestellers in seinen Rechten und Interessen genügend geschützt werden kann. Das geschieht durch das Institut des Annahmeverzugs. Zu dessen Eintritt ist nur zu konstatiren, daß der Grund der Nichtannahme am Gläubiger liegt: daß subjektive Gründe oder sein veränderter Entschluß ihn hindern, anzunehmen oder das zur Bewirkung der Arbeit Erforderliche vorzukehren, — nicht

irgend eine objektive Nothwendigkeit. Weiter läßt sich nicht gehen. Nur soweit Pflichten vorliegen, läßt sich die Frage aufwerfen, ob deren Nichterfüllung auf einem Verschulden des Pflichtigen beruht. Darüber hinaus läßt sich nur rechtfertigen, daß der Schuldner durch Weigerung oder Säumniß der Annahme keinen Nachtheil erleiden, seine Stellung nicht erschwert werden soll. Es treten durch den Annahmeverzug daher zwar für den Gläubiger gewisse nachtheilige Folgen ein, aber weit mildere, als bei schuldhaftem Verstoß gegen Verpflichtungen aus dem Kontraktsverhältniß[11]). Der Annahmeverzug bildet insofern eine Mittelstufe zwischen den objektiven Hinderungsgründen der Leistung und dem Kontraktbruch. Es liegt ein subjektiver Hinderungsgrund auf Seite des Bestellers vor, die Arbeit anzunehmen, ohne gleichzeitige Verletzung der übernommenen Vertragspflicht. Diese Vertragspflicht kommt in erster Linie hinsichtlich der bedungenen Gegenleistung in Betracht. Letztere muß der Besteller der Arbeit natürlich machen, und im allgemeinen ist auch den Interessen des Arbeiters vollkommen gedient, wenn er nur

11) Zwar hat man auch gesagt, daß diese nachtheiligen Folgen nicht einem Unschuldigen aufgebürdet werden dürften. Vgl. Dernburg a. a. O.; Windscheid, Pand. II § 345 N. 10ff. Aber soll denn der Schuldner, der doch ebenso unschuldig ist, den Schaden leiden? Z. B., daß er, trotzdem er das zu zahlende Kapital flüssig gemacht hat, fortlaufend Zins leisten muß, obschon das Kapital ihm keine Zinsen mehr bringt; daß er die Sache hüten muß u. dgl. Die Erwägung aus der Billigkeit geht fehl. Was man aus Billigkeit dem Einen gibt, nimmt man dem Anderen; nur die Billigkeit verdient Beachtung, welche die Interessen beider Theile gleichmäßig berücksichtigt. Und da muß man doch sagen, daß das Recht bei Unschuld beider Theile in erster Linie dem Schuldner zu Hülfe zu kommen hat, bei welchem größere Interessen auf dem Spiele stehen und der überdies zu den Nachtheilen, die nun einmal den Einen oder Anderen treffen müssen, nicht persönlich den Anlaß gegeben hat. — Uebrigens ist, wie wir später sehen, der Grund der Nichtannahme des Gläubigers doch nicht gleichgültig.

seinen Lohn erhält[12]). Mit dem Detail beschäftigt sich besonders § 615 BGB. Das Nähere mit Rücksicht auf den partiarischen Kontrakt erfordert eine besondere Erörterung (s. unten § 28 ff.).

c) Endlich kann ein Kontraktbruch des Arbeitgebers vorliegen: Erfüllungsverzug oder Unmöglichkeit, den eigenen Vertragspflichten zu genügen, in Folge eines Umstandes, den der Arbeitgeber nach allgemeinen Grundsätzen zu vertreten hat (vgl. §§ 276 ff. BGB). Hier handelt es sich regelmäßig um ein Verschulden des Herrn, — Verstoß gegen Verpflichtungen von seiner Seite. Die wichtigste Verpflichtung des Herrn ist die auf Zahlung des bedungenen Lohns. Zwar ist der Lohn nach Leistung der bestellten Dienste bezw. nach Ablauf der dafür bestimmten Zeitabschnitte zu entrichten (§ 614); und insbesondere beim Quotalvertrag ergibt sich aus der Art der ausbedungenen Vergütung, daß vor erfolgter Arbeitsleistung von einer Fälligkeit der Lohnschuld nicht die Rede sein kann, weil eben hier der Lohn aus dem Ertrag der Arbeit selbst genommen werden soll. Doch hindert dieser Grundsatz nicht die Möglichkeit eines Erfüllungsverzuges oder schuldhafter Unmöglichkeit der Lohnzahlung. Z. B. wenn der Arbeitgeber, seinen Kontraktspflichten zuwider, die Arbeit selbst oder deren Erträgniß hintertreibt, so geräth er dadurch zugleich in Säumniß mit der eigenen Leistung, welche sich

---

12) So also insbesondere auch, wenn der Herr ohne Noth den Geschäftsbetrieb aufgibt, so daß die angenommenen Arbeiter, deren Kontrakt noch läuft, stellenlos werden. — Nicht zu verwechseln ist damit der Fall, wenn der Herr den Betrieb einschränkt, trotzdem er die partiarisch angestellten Arbeiter behält und in derselben Weise weiterbeschäftigt. Es kann sich daraus allerdings ein Ausfall für die letzteren ergeben, indem sich der Verdienst vermindert. Aber ein Annahmeverzug läßt sich nicht konstruiren, insofern es bei dem vertragsmäßigen Arbeitsmaß (s. oben lit. a) der partiarisch Angestellten verbleibt.

nach Maßgabe der §§ 284 ff. zum Leistungsverzuge ausgestalten kann. Oder er hat die daraus entspringende Unmöglichkeit der Leistung nach allgemeinen Grundsätzen zu vertreten und haftet in beiden Fällen, abgesehen von etwaigen sonstigen Folgen, dem Arbeiter auf Schadensersatz (vgl. §§ 280 ff. 286, und mit besonderer Beziehung auf gegenseitige Verträge §§ 324—326 BGB). Bei bloßer mora solvendi kann damit im Allgemeinen eine Klage auf Erfüllung verbunden werden, die aber in unserem Fall besondere Schwierigkeiten macht. Denn da beim partiarischen Kontrakt der Lohn aus dem Arbeitsertrage selbst genommen werden soll, so würde diese Klage in erster Linie einen Anspruch auf Empfangnahme der Dienste involviren, damit aus dem Produkt derselben die Vergütung zur Auszahlung gelangen kann.

Es fragt sich also: hat der Quotalvertrag die Eigenthümlichkeit, die Pflichten des Arbeitgebers derart zu verstärken, daß er die bestellte Arbeit annehmen muß, weil wesentlich aus ihrem Resultat der Lohn entfließt, zu dessen Zahlung er verpflichtet ist? Dafür zu sprechen scheint auf den ersten Blick die Analogie der Theilpacht, bei welcher der Kolon auch um des partiarischen Lohnes willen eine Kulturpflicht hat, die dem gewöhnlichen Pächter nicht obliegt. Auch bei dem Miethverhältniß auf Gewinnbetheiligung sahen wir, daß der Miether sich der Arbeit befleißigen muß, von deren Ertrag dem Hausherrn eine Quote gebührt[13]). Danach könnte man annehmen, daß auch in der hier fraglichen Beziehung die partiarische Verabredung Pflichten schafft, welche dem Dienstvertrage sonst nicht innewohnen. Indeß so schwierig sich die Sachlage auch bei der entgegengesetzten Annahme gestaltet, ist doch das umgekehrte Resultat nicht zu umgehen.

13) Vgl. oben § 15 bezw. § 20 nach Note 5.

Die Analogie mit Pacht und Miethe taugt nicht, weil bei dem Mieth- und Pachtverhältnisse der Quotenschuldner auch Schuldner der betreffenden Arbeitsleistung ist, in unserm Fall dagegen umgekehrt der Quotenschuldner Besteller dieser Arbeit. Es handelt sich bei Theilpacht und Miethe also nur um eine graduelle Steigerung der Pflichten, die dem Kontraktverhältniß schon an sich eigen sind. Denn jeder Pächter muß das Pachtstück bis zu gewissem Grade kultiviren und auch der Miether darf die Räume nicht in der Weise unbenutzt lassen, daß sie in Folge dessen Schaden leiden. Miether und Pächter sind Schuldner der Rückgabe, wie des Pacht- und Miethzinses, und schon die erstere Verpflichtung zwingt sie nicht selten zu einer Behandlung des Vertragsobjekts, die durch die besondere Gestaltung der letzteren Verpflichtung im partiarischen Kontrakte eigenthümlich verstärkt wird und leicht zu verstärken ist[14]). Dagegen würde beim Arbeitsvertrage durch Aufstellung der Annahmepflicht des Arbeitgebers das Verhältniß der Parteien geradezu umgekehrt: der Gläubiger Schuldner werden, was er bis dahin hinsichtlich der Dienstleistung nicht war, und die Statuirung der Annahmepflicht würde auch wirthschaftlich in diesem Falle ebensowenig zu rechtfertigen sein, als überhaupt. Alle oben angeführten Momente gegen einen solchen Annahmezwang beim Dienstvertrage treffen auch hier in gleicher Weise zu, und darf das Recht die Produktion von Gütern nicht erzwingen, die weder der Besteller, noch hinterher vielleicht irgend ein Mensch gebrauchen kann. Es handelt sich hier wieder um das Problem, bei Anerkennung dieses Grundsatzes dem Arbeiter zum Seinigen (also zu der versprochenen Gegenleistung oder einem Surrogat derselben) zu verhelfen. Diese Aufgabe muß die Rechtsordnung auch ohne wirthschaftliche Mißgriffe wie die obigen zu lösen im Stande sein.

14) Vgl. auch oben § 7 Anm. 20 u. § 20 Anm. 8 u. Cit.

Bevor wir aber zu dieser Lösung übergehen, ist noch die hier gegebene Uebersicht durch Andeutung der allgemeinen Grundsätze über die sonstigen Rechte des Arbeiters im Falle des Kontraktbruches des Herrn zu vervollständigen, weil aus denselben sich nicht selten eine Vereinfachung der Sachlage ergibt. Der Arbeiter braucht nicht auf Erfüllung des Kontraktes zu bestehen, wenn sie noch möglich ist, sondern er kann nach allgemeinen Grundsätzen (§ 326) dem Arbeitgeber für die Vornahme der ihm nach dem Vertrage obliegenden Leistungen (also insbesondere der Hülfshandlungen, soweit er zu deren Vornahme verpflichtet ist) eine angemessene Frist setzen, mit der Erklärung, daß er nach Ablauf dieser Frist *Schadensersatz wegen Nichterfüllung* fordern werde oder von dem Vertrag *zurücktrete*[15]). Hat die nachträgliche Vornahme schon jetzt kein Interesse für den Arbeiter mehr, so bedarf es überhaupt keiner Fristbestimmung. Der § 626 erweitert das dahin, daß der Arbeiter auf Grund gewichtiger Umstände das Dienstverhältniß kündigen kann. Ein solcher „wichtiger Grund" ist sicherlich, wenn das Verhalten des Herrn dem Arbeiter die Aussicht benimmt, aus dem Vertrag die Gegenleistung zu

15) Eine der wichtigsten Abänderungen des gemeinen Rechts, da nach den Prot. S. 1293 dem Volk der Grundsatz dieses letzteren, daß der Verzug den Gläubiger nicht zum Rücktritte berechtige, stets fremd geblieben ist, und bereits das Preuß. ALR (I Tit. 5 §§ 369—407) und insbesondere das bisherige HGB (Art. 354—356) bei dem Kauf auf anderem Standpunkte stehen. Durch letzteres, dessen Anwendungsgebiet weit über den eigentlichen Handelsbereich hinausging, sei die Aenderung des gemeinen Rechts in dieser Beziehung genügend vorbereitet. Es handele sich daher nicht sowohl um einen Bruch mit dem bisherigen Recht, als um den Abschluß einer Rechtsentwickelung auf Grund gehöriger Beachtung der Bedeutung, welche der heutige Verkehr rechtzeitiger Erfüllung beilegt. — Dagegen wurde der weitergehende Grundsatz des französischen Rechts (Art. 1184 C. civ.), wonach das Ausbleiben der einen Leistung *ohne Verschulden* (Verzug) der Partei der anderen in gewissem Umfang ein Rücktrittsrecht verleiht, als zu weitgehend abgelehnt.

erlangen, auf welche er nach dem letzteren Anspruch hat. Ist dabei der Herr in Schuld[16]), so ist er nach § 628 Abs. 2 dem kündigenden Arbeiter zum Ersatz des ganzen Schadens verpflichtet, der diesem aus der Aufhebung des Dienstverhältnisses erwächst.

Entsprechend ist das Resultat, wenn durch das schuldhafte Verhalten des Arbeitgebers eine Unmöglichkeit der Zahlung des partiarischen Lohnes eintritt; mag die Unmöglichkeit darauf beruhen, daß die Dienstleistung als solche nicht mehr stattfinden kann oder daß ihr die Ertragsfähigkeit benommen ist, sofern das Eine oder Andere nur auf einem vom Arbeitgeber zu vertretenden Umstande beruht. Auch hier braucht sich der Arbeiter auf die im partiarischen Kontrakt so schwierige Surrogatsfrage nicht einzulassen, sondern kann unter den gegebenen Voraussetzungen Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, sofern er nicht vorzieht, einfach vom Vertrag zurückzutreten bezw. zu kündigen. Die Surrogatsfrage ist also wesentlich nur dann aufzurollen, wenn die Ansprüche des Arbeiters für seine Mühewaltung nur in der Gegenleistung oder einem entsprechenden Theil derselben (vgl. §§ 324, 615, 628 BGB) ihre Deckung finden, also vornehmlich im Fall des bloßen Annahmeverzugs des Herrn[17]), weshalb davon auch ferner nur in jenem Zusammenhang die Rede sein wird.

Freilich setzt die Berechnung der Entschädigung im Falle der culpa eine genaue Abschätzung voraus, was der Quotalarbeiter bei ordnungsmäßiger beiderseitiger Erfüllung aus dem geplanten Unternehmen hätte verdienen können: also eine muthmaßliche Berechnung der Quote, und man könnte sagen, daß auch diese mangels Ausführung der Arbeit unabschätzbar sei. In-

16) Vgl. dazu unten § 28 Anm. 3.

17) Hier findet ein Schadensersatzanspruch nur in beschränktem Umfang statt. Vgl. § 304 BGB.

dessen macht es für die Taxation doch einen bedeutungsvollen Unterschied aus, ob die Berechnung die vertragsmäßig bedungene Gegenleistung oder Schadensersatz zum Gegenstande hat. Bei Abmessung des letzteren ist dem Gericht mit Absicht eine größere Freiheit eingeräumt. Nach § 260 CPO entscheidet das Gericht über das Dasein eines Schadens und die Höhe des Interesses unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung. Ob und wieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amtswegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei, bleibt dem Ermessen des Gerichtes überlassen, und kann es überdies noch dem Beweisführer (unter Ansatz eines Maximalbetrags: cum taxaione) den Schätzungseid über den Schaden auferlegen. Unter Zuhülfenahme dieser verschiedenen Mittel wird das Gericht auch da, wo es zu einer Ausführung der bedungenen Arbeit und demgemäß zu einem zwischen dem Arbeitgeber und Lohnberechtigten auszutheilenden Gewinne nicht gekommen ist, sich immerhin annähernd ein Bild vom Schaden des Arbeiters entwerfen können. Und zwar hat dieses Auskunftsmittel nicht blos den Charakter eines Nothbehelfs zur Ausfüllung einer Lücke des materiellen Rechts, da es sich bei der Frage nach der Höhe eines entgangenen Gewinnes immer mehr oder weniger um eine problematische Größe handelt, so daß der Schadensbegriff an dieser Stelle überhaupt der absoluten Festigkeit ermangelt (vgl. auch § 252 BGB, wonach der Schaden hier überhaupt nicht über den Bereich der Wahrscheinlichkeit hinaus vergütet wird).

3. Annahmeverzug. — Verluste im partiarischen Betriebe.

§ 28.

Sofern der Arbeitgeber ohne Pflichtverletzung von seiner Seite, also ohne positiven Verstoß gegen das Kontraktverhältniß, aber aus subjektiven, lediglich in seiner Person liegenden Gründen die bestellte Arbeitsleistung nicht an-

nehmen kann oder letztere durch Nichtvollzug der seinerseits dazu erforderlichen Beihülfe verhindert, so kann er von dem Arbeiter nach allgemeinen Grundsätzen in Verzug der Annahme gesetzt werden, wodurch der leistungswillige und leistungsbereite Schuldner ein Mittel hat, sich gegen die aus der Nichtannahme folgende Erschwerung seiner Stellung zu schützen. Während auf die Folgen des Annahmeverzugs im Allgemeinen hier nicht einzugehen ist, bedarf es der Klarstellung, wie es beim gegenseitigen Vertrage in solchem Falle mit der Gegenleistung bestellt ist. Grundsätzlich hat der Annahmeverzug die Wirkung, daß der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung frei wird, trotzdem er selbst wegen Verzugs des andern Theiles seine Leistung (zur Zeit oder überhaupt) nicht machen kann (vgl. § 615 BGB). Hier wird der Arbeiter beim Annahmeverzug des Dienstberechtigten sogar von der Verpflichtung zur Nachleistung der Dienste, wenn letztere an sich noch möglich sind, befreit und kann seinerseits gleichwohl die für die Dienste bedungene Gegenleistung fordern. Nur muß er sich den Werth desjenigen anrechnen lassen, was er in Folge der Nichtleistung seiner Dienste erspart und was er, insofern er seine Arbeitskräfte inzwischen anderweitig verwerthete, durch diese anderweitige Beschäftigung verdient hat. Verpflichtet zu solcher anderweitigen Beschäftigung ist der Arbeiter im Allgemeinen nicht. Daher ist denn nicht abzuziehen, was er durch solche anderen Dienstleistungen hätte erwerben können. Der Anspruch des Arbeiters ist kein Entschädigungsanspruch, auf den der Grundsatz: quod quis ex sua culpa damnum sentit etc. anzuwenden wäre. Er geht einfach auf die bedungene Gegenleistung, nur unter Abzug dessen, was der Arbeiter vom Werth derselben wirklich erhalten hat[1]). Daher muß auch der Arbeitgeber dem Dienst-

1) Vgl. auch Kohler in Ihering's Jahrbüchern f. Dogmatik Bd. 17 S. 368; v. Petrażycki, Einkommen II S. 336 ff., dessen

pflichtigen beweisen, wieviel durch dessen anderweitige Thätigkeit ꝛc. vom bedungenen Lohne abgeht. Nur böswillige Vermeidung eines anderen Erwerbs während der Wartezeit wird vom Gesetze reprobirt: in Konsequenz der allgemeinen Regeln über die Herrschaft von Treu und Glauben im Verkehr und das Verbot der Rechtsausübung zur Chikane. Danach wird hier der böswillig versäumte Erwerb wie ein gemachter behandelt. D. h. er unterliegt gleichfalls dem Abzug. Von selbst versteht sich, daß der Arbeitgeber hier auch den Dolus, als die besondere Grundlage des Abzugsrechtes, zu beweisen hat. In keinem Falle braucht sich übrigens der Arbeiter um die andere Beschäftigung besonders zu bemühen. Ja selbst eine angebotene Arbeit darf er ausschlagen, wenn sie mit seinen Fähigkeiten nicht vereinbar, oder wenn sie ihm überhaupt oder in diesem Augenblick nicht zuzumuthen ist. Dann handelt er also auch bei der Ausschlagung der Arbeit nicht dolos[2]).

Schon beim gewöhnlichen Arbeitskontrakt ist die Berechnung dieser Abzüge nun unter Umständen nicht leicht, und hat man daher in gewissen Fällen mit einem Pauschalsatze geholfen, den der Dienstpflichtige ohne Rücksicht auf anderweitige Verwerthung seiner Dienste erhält. Vgl. §§ 580 ff. HGB (Fautfracht), § 894 (Ristorno). Diese Bestimmungen verfolgen neben der Vereinfachung der Rechtslage der Parteien auch den Zweck, den Schuldner zu anderer Thätigkeit aufzumuntern, indem sie ihm den daraus gemachten Erwerb belassen.

Besonders schwierig wird das Verhältniß beim partiarischen Kontrakt dadurch, daß hier nicht blos die eventuellen

Ausführungen hinsichtlich des dolus des Arbeiters (S. 341 ff.) aber entschieden verfehlt sind. — Die Entschädigung beim Annahmeverzuge hält sich in den Grenzen des § 304: z. B. Ersatz von Aufwendungen für fruchtloses Angebot; die bereits herbeigeschafften Materialien sind wieder zu beseitigen oder machen besondere Unkosten ꝛc.

2) Vgl. auch Windscheid, Pand. II § 400 N. 15, § 401 N. 7.

Abzüge, sondern der gesammte Lohn in Folge der Eigenthümlichkeit der Gegenleistung bis zur Vornahme der Arbeit noch unbestimmt ist. Der Lohn soll sich aus dem Gewinn berechnen, den der Herr (der Arbeitgeber) aus der thatsächlich stattgefundenen Dienstleistung zieht. Von dem Gewinne hat er sich verpflichtet, dem Arbeiter einen Antheil (portio) abzugeben; ist kein Gewinn gemacht, so hat diese Verabredung keinen materiellen Inhalt. Ein Gewinn ist aber auch in dem Falle nicht gemacht, wenn der Arbeitgeber aus subjektiven Gründen — also ohne wegen der Hinderung zu Schadensersatz verpflichtet zu sein — die Dienstleistung nicht annimmt. Dann wird also die partiarische Klausel illusorisch. Es handelt sich nicht wie bei einer versprochenen Provision um eine Gegenleistung, die nur nach dem Vertragsobjekte zu berechnen und daher auch bei Nichtausführung der Arbeit leicht zu bestimmen ist. Wie also, wenn Recht und Billigkeit dem Arbeiter den Lohn oder einen entsprechenden Theil des Lohnes zusprechen, während ein Gewinn, von dem nach dem Vertrag der Lohn zu nehmen, nicht vorhanden ist?

Die Frage wiederholt sich, wenn die ganze Dienstleistung, nachdem der Herr in Annahmeverzug gerathen ist, dem Dienstpflichtigen überhaupt unmöglich wurde. Der § 324 bestimmt in diesem Fall die Rechte des nichtsäumigen Schuldners ähnlich wie § 615, tritt aber vor dem letzteren insofern zurück, als er voraussetzt, daß die Unmöglichkeit der Leistung des nichtsäumigen Theils in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes eingetreten sein müsse. Wir haben gesehen, daß der Arbeiter beim Annahmeverzug des Herrn überhaupt nicht nachzuleisten braucht, so daß er eine etwaige spätere Unmöglichkeit der Leistung in keinem Falle zu vertreten hat. Diese Unmöglichkeit wird also unter Umständen nur so zur Sprache kommen, daß sie der Grund ist, weshalb sich nicht der Ar-

beiter freiwillig zu einer Nachleistung der Dienste entschließt. Wo er das letztere aber thun kann und wirklich thut, liegt eine neue Vereinbarung zwischen ihm und dem Herrn vor, bei welcher die Frage der Vergütung für die verlorene Zeit (mit einem Wort für den Verzug und die Bedingungen der Wiederaufnahme der ganzen Arbeit) wohl die Hauptrolle spielt und sicher nicht vergessen werden wird.

Endlich kann auch beim Annahmeverzuge des Bestellers der Arbeiter von dem Vertrag zurücktreten, d. h., wie das Gesetz sich ausdrückt, den Vertrag ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen (§ 626). Ein „wichtiger Grund" zu dieser Kündigung liegt hier nicht weniger wie beim Verschulden des Arbeitgebers darin, daß letzterer durch sein Verhalten den Arbeiter verhindert, die Quote zu erlangen, auf welche er nach dem Vertrage Anspruch hat. Unter solchen Umständen ist der Arbeiter an dem Vertrag nicht festzuhalten. Obschon wir auf die Endigungsgründe des partiarischen Kontrakts noch unten zurückkommen werden, ist doch schon hier zu sagen, inwiefern das aufgeworfene Problem auch in diesem Falle praktisch wird.

Beim Dienstvertrage hat der Rücktritt nicht einfach den Sinn einer Auflösung des Vertrages unter den Parteien, sondern man ging davon aus, daß die gewöhnlichen Bestimmungen des Rücktrittsrechts von gegenseitigen Verträgen in diesem Falle nicht genügten. Demgemäß wurde der Rücktritt als Kündigungsrecht, wenngleich ohne Verpflichtung zur Einhaltung einer Kündigungsfrist, gestaltet und daraus die Folgerung gezogen, daß der Dienstpflichtige einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Theil der bedungenen Vergütung verlangen kann (§ 628). Zwar ist der Anspruch auf die Theilvergütung gerade hier ausgeschlossen, wenn die bisherigen Leistungen des Arbeiters in Folge der Kündigung für den Herrn kein Interesse

haben[3]); aber diese Voraussetzung des Lohnausschlusses braucht nicht in allen Fällen vorzuliegen. Liegt sie nicht vor, so kann die Theilvergütung im partiarischen Kontrakt sich unter Umständen ganz einfach so gestalten, daß vom Gewinn aus der bisherigen Arbeitsleistung dem Arbeiter die Quote zugesprochen wird. Aber ein pekuniärer Gewinn daraus kann fehlen und die vollführte Arbeit dennoch als „schätzbares Material" für den Herrn nicht ohne Interesse sein. Hier stehen wir wiederum vor einer Dienstleistung, der das Gesetz auf einer Seite gibt, was ihr die partiarische Klausel anderseits im selben Athem wieder nimmt. Ein Auskunftsmittel dagegen ist unbedingt geboten.

Es handelt sich also um ein allgemeineres Problem, dem wir vor Eingehen in das Detail der Quotallohnschuld[4]) hier noch nachzuforschen haben, und das sich etwa so fassen läßt:

---

3) S. § 628 Abs. 1 Satz 2. Der Annahmeverzug des Herrn ist kein „vertragswidriges Verhalten" im Sinne dieser Vorschrift. Es wurde bei der Berathung des Gesetzes (Prot. II. Lesung S. 2201) ausdrücklich festgestellt, daß sowohl in Abs. 1 als Abs. 2 des § 628 mit diesem Ausdruck ein subjektiv rechtswidriges Verhalten gemeint sei. Beim Annahmeverzug handelt es sich nun zwar um subjektive Hinderungsgründe in der Person des Gläubigers, nicht aber um eine subjektive Rechtswidrigkeit. Auch in den Motiven I. Lesung Bd. 2 S. 470 wird der Ausdruck „vertragswidriges Verhalten" im Anschluß an die Bestimmungen des Preuß. ALRs I Tit. 5 §§ 408 ff., Art. 346 des Schweizerischen ObliRs und die Berathungen des Dresdener Entwurfs gebraucht, wo in der fraglichen Beziehung wesentlich ein Verschulden des Gegners des Zurücktretenden vorauszusetzen ist. Insbesondere ist in den Dresdener Protokollen stets vom Verschulden des Dienstherrn die Rede, und wurde die Aufnahme einer dem § 628 entsprechenden Vorschrift als entbehrlich gestrichen, zumal auch die Art. 62—64 HGB sie nicht enthielten. Die Motive (S. 470) fügen hinzu, daß es sich lediglich um eine Konsequenz aus allgemeinen Grundsätzen handele. Auch Dernburg, Preuß. Privatrecht II § 26 zu N. 12 gebraucht den Ausdruck mit Verschulden synonym.

4) In den Paragraphen 30 ff.

Wie ist es zu halten, wenn Recht und Billigkeit uns nöthigen, dem Arbeiter Lohn oder einen entsprechenden Theil des Lohnes zuzusprechen, während ein Gewinn, von dem in diesem Fall nach dem Vertrag der Lohn zu nehmen wäre, nicht gemacht ist?

Die Frage kann sich erheben beim Annahmeverzug in den verschiedenen hervorgehobenen Fällen. Sie kann aber ganz ebensogut an uns herantreten, wenn eine Leistung des Arbeiters thatsächlich erfolgt und angenommen worden ist, der daraus erhoffte Gewinn dagegen ausblieb. Auch dort — bei unerwarteten Verlusten im partiarischen Betrieb — bleibt unter Umständen die Arbeit ohne Lohn, wenn für den Ausfall aus der Klausel nicht ein Surrogat gefunden wird. Die Gleichheit des Problems rechtfertigt daher eine gleichzeitige Betrachtung der genannten beiden Fälle.

§ 29.

Zunächst wird man hier unterscheiden müssen, ob im Falle des Annahmeverzugs die Unternehmung, für die der Arbeiter gedungen worden war, thatsächlich, wenngleich ohne dessen Mitwirkung stattgefunden und einen Ertrag gebracht hat. Wenn das zutrifft, so wird man sagen müssen, daß es auf den Umstand der Betheiligung des Lohnberechtigten an der Erzielung dieses Resultats nicht ankommt, soweit ihn § 615 von der Arbeitsleistung als Voraussetzung des Lohnanspruchs entbindet[1]); so daß ihm also von dem in der vertragsmäßigen Dienstzeit erzielten Ertrage seine Quote gebührt. Die Betheiligung an dem Betriebsergebniß der betreffenden Zeit bildet ein festes Recht des Arbeiters, welches ihm durch die willkürliche Nichtannahme seiner Dienste durch den Arbeitgeber nicht entzogen werden kann. Nur muß sich der Arbeiter auch hier wie jeder Lohnbe-

1) Also nicht im Falle der Kündigung des Arbeiters.

rechtigte, welcher dem säumigen Dienstherrn gegenüber den Lohn einklagt, dasjenige abrechnen lassen, was er in Folge des Unterbleibens seiner Dienstleistung ersparte oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwarb bezw. böswillig zu erwerben unterließ. Vgl. § 615 und unsere obigen Ausführungen (§ 28). Das Abzuziehende besteht regelmäßig in Geld. Der Abzug macht sich danach ohne Weiteres, wenn auch die Quote, auf die der Lohnarbeiter Anspruch hat, wie regelmäßig in industriellen Betrieben, in einer Werthquote besteht. Ist der Arbeiter dagegen auf Betheiligung am Rohprodukte angestellt, so ist der Abzug schwierig, da die Kongruenz der von einander abzuziehenden Größen fehlt. Alle Roherträge sind hier nach ihrem Geldwerth zu veranschlagen, selbst wenn das von dem Lohnarbeiter anderweit Verdiente wiederum in einer Rohertragsquote besteht. Man kann nicht einfach die verschiedenen Roherträge von einander abziehen: die Fruchterträge des Ackers A, des Weinbergs B und selbst diejenigen zweier verschiedenen Aecker sind keine kongruenten Größen. Einmal hängt der Ertrag ganz wesentlich von der Güte des Grund und Bodens ab, sodann kommt seine Lage auch insofern in Betracht, als sie für die Verwerthung der Erzeugnisse (Transportkosten, Interesse loci) von Bedeutung ist. Endlich aber — und dieser Umstand ist der wichtigste — ist heute unsere allgemeine Wirthschaftsform die Geldwirthschaft (nicht Naturalwirthschaft). Unser allgemeiner Werthmesser ist Geld. Wo es sich also um vergleichende Bewerthungen oder wie hier um Abzüge verschiedener Gattung von einander handelt, sind letztere, falls sie nicht schon an und für sich in Geld bestehen, auf ihren Geldwerth zurückzuführen. Daraus ergibt sich auch, daß das vom Arbeiter sonst etwa verdiente Geld niemals auf einen Theil des Rohertrags zu evaluiren, sondern der letztere nach seinem Geldwerth zu veranschlagen ist. Soweit sich das nicht zweifels-

frei durchführen läßt, trägt nach den Ausführungen in § 28 der Dienstherr den Schaden.

Möglich ist auch, daß sich der Dienstvertrag nicht auf ein solches Unternehmen bezog, in dessen Räderwerk die Kraft des Arbeiters nur in verhältnißmäßig kleinem Umfang zur Entfaltung kommt, so daß ihr Ausfall für das Schlußergebniß kaum oder doch nur ganz verschwindend sich bemerklich macht. Vielmehr kann die verdungene Arbeit von der Art sein, daß sie der Arbeiter nur allein ausführen kann, oder daß (wenngleich die Fortsetzung an sich möglich wäre) die Arbeit doch aus andern Gründen nach ihrer durch den Arbeitgeber erfolgten Sistirung nicht weiter betrieben wird[2]). Hier wird darauf gesehen werden müssen, ob im Momente der Sistirung schon ein Theil des Arbeitsresultats erzielt war oder nicht. Ist es erzielt, so wird die Lohnquote von dem Vorhandenen zu nehmen sein, sofern sich letzteres vom ganzen beabsichtigten Produkt nur quantitativ, nicht qualitativ unterscheidet. (So z. B. von dem bisher gesponnenen Garn, von den gewebten Stoffen, von sonstigen durch die Arbeit erzeugten oder zu Tage geförderten Quantitäten.) Dagegen kann der Arbeiter als partiarischen Lohn nie mehr als diese Quote fordern; also nicht etwa unter dem Nachweise, daß er bei regelmäßiger Fortsetzung der bedungenen Thätigkeit mit Rücksicht auf deren stetigen (sich immer gleich bleibenden) Ertrag während der Dienstzeit ein anderes bestimmtes Quantum zu Stande gebracht haben würde, das ganze jetzt Vorhandene. Es handelt sich hier nicht um Schadensersatz, sondern um den bedungenen Lohn, und letzterer bemißt sich nach wie vor nach der Verabredung, welche dem Arbeiter nur einen ver-

2) Dahin gehört insbesondere die Aufgabe des ganzen Geschäfts, in welchem der Arbeiter angestellt ist, oder die Einstellung des betreffenden Betriebs. S. dazu auch oben § 27 Anm. 12.

hältnißmäßigen Theil von dem Erzeugniß seiner Thätigkeit zuspricht. Doch braucht der Arbeiter sich hier auf Grund des § 615 BGB nicht nochmals Etwas abziehen zu lassen. Denn in Folge Sistirung der Arbeit, von deren Ertrag die Quote sich berechnet, ist regelmäßig schon von selbst der partiarische Lohn gemindert.

Soweit gar kein Ertrag erzielt ist, fehlt dem Arbeiter jedweder Anspruch auf die bedungene Lohnquote wegen objektiver Unmöglichkeit der Leistung. Wir sahen schon, daß aus dem partiarischen Verhältniß keine Pflicht des Arbeitgebers folgt, die bestellten Dienste anzunehmen oder sich eine Arbeit machen zu lassen, deren er vielleicht nicht mehr bedarf. Der Gläubiger ist hier so wenig wie sonst verpflichtet, sich bedienen zu lassen; gleichwohl versteht sich, daß gegen ein unbilliges Ergebniß hier ebensowohl Abhülfe geschaffen werden muß, wie z. B. bei der Theilpacht durch eine Steigerung der Pflichten des Kolonen geschah. Die Abhülfe liegt nicht darin, daß der Quotalarbeiter kündigen kann, wenn ihm der Herr die Möglichkeit benimmt, die im Kontrakt bedungene Gegenleistung zu erlangen. Dies Kündigungsrecht besteht unzweifelhaft, und es bedarf dazu weder der Einhaltung einer Kündigungsfrist noch einer Rechtfertigung der Kündigung in dem betreffenden Augenblick. Es liegt für den Arbeiter ein „wichtiger Grund" zur Kündigung vor, sowohl im Sinne des § 626 als des § 627 Abs. 2. Der Angestellte ist in keiner Hinsicht an einem so gestalteten Kontrakte festzuhalten. Schuldhaftes oder vertragswidriges Verhalten des Arbeitgebers ist ebensowenig Voraussetzung dieser Kündigung als des Annahmeverzuges überhaupt. Wohl aber beschränkt § 628 beim Mangel des Verschuldens die Ansprüche des Arbeiters für die verlorene Zeit und das bisher Geleistete auf einen entsprechenden Theil der bedungenen Vergütung, sodaß der partiarische Lohnanspruch in diesem Fall, wenn kein Gewinn

gemacht ist, ebenso entfällt, wie nach § 615 für den gesammten Lohn. Die Schädigung des Arbeiters ist hier also kleiner, aber sie ist ebenfalls gegeben.

Man muß daher von einem andern Punkte ausgehen, um für den partiarischen Kontrakt zu einem befriedigenden Ergebniß zu gelangen. Das Auskunftsmittel liegt in der Vorschrift des § 612, der für den Lohnanspruch im Allgemeinen vorschreibt, daß Vergütung als stillschweigend vereinbart[3]) dann zu zahlen ist, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen Vergütung zu erwarten war. Des Weiteren ist gesagt, daß sich die Höhe dieser stillschweigenden Vergütung beim Bestehen einer Taxe für die bedungene Dienstleistung nach dieser, sonst nach den für die letztere üblichen Sätzen bestimmt. — Jede gewerbliche Dienstleistung ist nun, wie schon bemerkt, nur gegen Vergütung zu erwarten; und gewerblich in diesem Sinne sind nicht etwa blos die Leistungen der industriellen, sondern auch der Landarbeiter, von welchen in § 23 die Rede war. Denn auch die letzteren machen aus ihrer Thätigkeit eine Erwerbsquelle. Alle diese Personen können daher für ihre Dienstleistungen auch ohne besondere Verabredung Lohn fordern, da die Dienstleistung von ihnen den Umständen nach nur gegen Vergütung zu erwarten war. In Ermangelung besonderer Fixirung ist der Lohn der übliche.

Freilich ist nun im partiarischen Kontrakt der Lohn ausdrücklich festgesetzt, und hiernach scheint es, als ob für den § 612 BGB kein Anwendungsgebiet vorhanden sei. Indeß ist diese Erwägung nur da zutreffend, wo der versprochene Gewinnantheil nicht den einzigen Lohn des Arbeiters bildet, die Quote also neben einem festen Gehalt, als dessen Zusatz, stipulirt ist, oder wo dem Arbeiter, wie ebenfalls nicht selten, eine Mindesteinnahme garantirt ist,

3) S. dazu oben § 25 Anm. 8 ff. Für das Handelsrecht tritt § 354 HGB ergänzend hinzu.

auf welche er in allen Fällen (also auch bei Verlusten oder minderem Gewinn des Prinzipales) Anspruch hat[4]). Hier ist es wirthschaftlich belanglos, ob die partiarische Verabredung, weil kein Gewinn gemacht ist, auf dem Nullpunkt endigt: der partiarische Lohnanspruch also keinen materiellen Inhalt gewinnt. Vielmehr wird unter diesen Umständen unbedenklich angenommen werden können, daß bei der partiarischen Lohnabrede die Absicht der Parteien dahin ging, daß mangels eines erzielten Gewinns der Arbeiter auf jene anderen Einnahmequellen beschränkt sein solle. Ganz anders liegt die Sache, wenn ohne derartige festen Bezüge der Arbeiter nach dem Vertrage lediglich auf die Gewinnquote angewiesen ist. Hier wird man doch nicht ohne Weiteres sagen können, daß der Arbeiter, der vom Ertrage seiner Hände lebt, also die fragliche Thätigkeit, zu der er angenommen ist, zu seiner Erwerbsquelle macht, bei der partiarischen Lohnabrede gewissermaßen habe Hazard spielen wollen: daß er das Risiko habe auf sich nehmen wollen, bei gutem Ausgang der Geschäfte möglichst viel, bei schlechtem Ausgang aber möglicherweise auch gar nichts zu erhalten. In erster Linie will er doch von seiner Hände Arbeit leben. Es kann daher bei Eingehung der partiarischen Lohnklausel in der Regel gar nicht seine Absicht sein, den Sperling, den er in der Hand hat, aufzugeben, um die Taube auf dem Dache zu erlangen. Ein solcher Hazard ist auch gar nicht der Zweck des Kontraktes. Der Zweck des letzteren wird vollkommen dadurch erreicht, daß dem Quotalarbeiter ein genügender Vortheil winkt, wenn seine Arbeit von Erfolg gekrönt ist. Dieser Vortheil genügt vollkommen, um seinen

4) Aehnlich wird manchmal den Landarbeitern freie Wohnung und Beköstigung auf dem Gute oder an der Arbeitsstelle gewährt; der Hirt schläft bei den Thieren und nährt sich von der Milch derselben u. dgl.

Eifer in der Weise anzuspornen, wie es vom Herrn bei der betreffenden Vereinbarung erwartet wird. Es ist nicht nothwendig[5]), den in der partiarischen Abrede für den Arbeiter liegenden Sporn zur Thätigkeit noch dadurch zu verschärfen, daß ihm auch für den umgekehrten Fall des Ausbleibens eines Erfolges mit einem Nachtheil gedroht wird, — einem Nachtheil von solcher Größe, daß letzterer nur zu oft die ganze wirthschaftliche Existenz des Arbeiters vernichten würde. Ein guter Pädagog lockt nicht einerseits mit der Belohnung und schreckt zugleich durch Strafe. Er weiß sehr wohl, daß eines dieser Mittel für gewöhnlich ausreicht und wendet sie daher je nachdem mit Auswahl an. Es kann somit auch hier wohl in den meisten Fällen bei der partiarischen Lohnklausel *nicht als Absicht der Parteien angesehen werden*, daß der Arbeiter, welcher auf den Ertrag seiner Arbeit angewiesen ist (von dem die letztere also auch im Sinne des § 612 den Umständen nach nur gegen Vergütung zu erwarten war), mit der Vereinbarung über die Betheiligung am Unternehmergewinn *auf den gewöhnlichen Lohn habe verzichten wollen*. Selbst dann nicht, wenn davon in dem Vertrage gar nicht die Rede war, letzterer vielmehr nur die partiarische Lohnabrede enthält. Es wird im Leben sogar die Regel sein, daß der Vertrag von der Eventualität eines Verlustes schweigt. Nicht nur weil beim Vertragsschluß, wie so oft, der Wunsch der Vater des Gedankens ist und an Verlust gar nicht gedacht wird, sondern selbst wenn der Arbeiter an ihn gedacht hätte, weil er wohl meist nicht wagen wird, die ganze Anstellung durch eine Aeußerung des Mißtrauens in die kaufmännischen oder sonstigen Fähigkeiten des Herrn in Frage zu stellen. Dem Manne muß auf andere Art geholfen werden; und das geschieht durch die aus den Thatumständen

5) Von der Frage der Sittlichkeit einer entgegengesetzten Vereinbarung ganz abgesehen.

nothwendig zu ziehende Folgerung, daß ein Verzicht des Arbeiters auf den gewöhnlichen Lohn hier gar nicht vorliegt[6]). Dieser subsidiarisch eintretende gewöhnliche Lohn ist hier vertraglich nicht fixirt. Es ist also der übliche Lohn im Sinn der allgemeinen Vorschrift des § 612, und danach zu bestimmen.

Die partiarische Lohnabrede steht also in den letzteren Fällen *unter einer Bedingung*: der Bedingung, daß der versprochene Gewinnantheil den gewöhnlichen Lohn, auf den der Regel nach ein jeder Arbeiter unter denselben Verhältnissen Anspruch hat, übersteigt oder daß er wenigstens nicht hinter ihm zurückbleibt[7]). Daß diese Bedingung häufig eine stillschweigende sein wird, kann uns nicht beirren[8]). Sie folgt als unzweifelhafter Vertragsbestandtheil nothwendig aus den thatsächlichen Verhältnissen, aus der gesammten wirthschaftlichen Lage der Parteien. Eine Rechtsunsicherheit wird dadurch keinesfalls hervorgerufen. Vollends aber entspricht es dem Wesen der partiarischen Vereinbarung, daß der Arbeiter sich die Erlangung seines Lohnes *nicht durch ein einseitiges, die Arbeit hinderndes Verhalten des Herrn abschneiden lassen wollte*[9]), wie es möglich wäre, wenn dieser Lohn ausschließlich in der Quote, ohne irgend ein Surrogat bestünde. Vielmehr ist sicher anzunehmen, daß der Arbeiter, der partiarisch kontrahirt, dies

6) Daraus folgt, daß er in solchen Fällen den gewöhnlichen Lohn auch dann verlangen kann, wenn der partiarische (die Quote) hinter dem ersteren zurückbleibt.

7) Man sieht hieraus, wie ungemein viel günstiger das partiarische Verhältniß sich hier für den Arbeiter gestaltet, als bei der Theilpacht. Für den „Pächter" sind die hier zutreffenden Erwägungen völlig unverwerthbar. Er erhält gar keinen Lohn und daher bei Mißwachs auch kein Surrogat. Vgl. § 21 Anm. 14.

8) Ich bin mir wohl bewußt, wie vorsichtig man mit Zulassung dieser sog. „weißen Raben" im Rechtssysteme sein soll. Aber im vorliegenden Falle halte ich mich für gerechtfertigt.

9) Also beim Annahmeverzug des Herrn.

nur unter der Bedingung thut, daß ihn der Herr überhaupt zur Arbeit kommen lasse, also auch die dazu erforderlichen Hülfshandlungen vollziehe; kurz daß er selbst nicht willkürlich oder aus subjektiven Gründen die Arbeit hindere. Geschieht dies dennoch, und liegen die Voraussetzungen des Annahmeverzuges vor, so wird, wie stets, der Anspruch auf die Gegenleistung frei, und da die letztere hier nicht in einem Antheil am nicht zu Stande kommenden Produkt der Arbeit selbst bestehen kann und die Bedingung der partiarischen Lohnabrede ausfällt, so muß der allgemeine usuelle bezw. gesetzliche Lohn an seine Stelle treten. Es ist also so anzusehen, wie wenn überhaupt keine Lohnvereinbarung getroffen worden wäre, und zu bestimmen, wieviel für die bedungene Arbeitsleistung gewöhnlich (als taxmäßiger oder üblicher Lohn) geschuldet wäre. Davon sind die in § 615 erwähnten Abzüge wegen Nichtausführung der Arbeit zu machen. Nur so wird man dem leitenden Gedanken des partiarischen Kontraktes, dessen Inhalt nicht in einer Drohung mit Nachtheilen, und ebensowenig darin besteht, den Arbeiter der Willkür des Arbeitgebers auszuantworten, gerecht und löst in dem gegebenen Falle die juristische und wirthschaftliche Aufgabe, die zwar nicht dahin lautet: „jeder Arbeit ihren Lohn", aber doch wenigstens: jeder gewerblichen Arbeit; — und zwar vornehmlich auch in dem Fall, wo es aus Gründen, die der Jurist im Institut des Annahmeverzugs zusammenfaßt, zu einer erfolgreichen Lösung des Problems aus dem Wesen der partiarischen Lohnklausel selbst nicht kommt.

4. Die Quotallohnschuld.

§ 30.

Einleitung. — a) Brutto- und Reinantheil.

Die wichtigste Verpflichtung des Arbeitgebers geht auf Zahlung des bedungenen Lohns, also beim normalen Ver-

lauf der Sachlage in unserm Falle auf die Quote, die dem Arbeiter von dem Gewinn der Unternehmung als Vergütung (resp. als besondere Vergütung) versprochen ist. Daß dieser Lohn auch dann zu zahlen ist, wenn der Arbeiter ohne sein Verschulden für verhältnißmäßig kurze Zeit persönlich (aus subjektiven Gründen) an der Dienstleistung verhindert war, versteht sich als ein für alle Dienstverhältnisse maßgebender Grundsatz auch in diesem Fall von selbst[1]). Vgl. § 616 BGB, § 63 HGB. Die Anwendung auf unsern Fall ist um so leichter, als hier ohnehin die durch die Unterbrechung bewirkte Minderung des Arbeitsresultats pro parte auf den Angestellten selbst zurückwirkt.

Die Quote des Arbeitsproduktes nun, auf die der Angestellte Anspruch hat, ist entweder eine Quote des Brutto- oder des Nettoertrags der Arbeit. Bruttoertrag ist das Gesammteinkommen aus der Unternehmung, in welcher der Arbeiter angestellt ist, oder das Gesammteinkommen aus einem gewissen Produktionszweige, z. B. des Landguts, der Fabrik, des Handelsgeschäfts des Prinzipals oder eines sonstigen Betriebes oder Betriebszweiges (einer bestimmten Fabrikation, einer Filiale des Haupthauses u. dgl.). Nettoertrag dagegen ist das Reineinkommen des Unternehmers aus dem betreffenden Betriebe. Zu dem letzteren gelangen wir einmal durch Abzug der sog. Unkosten: z. B. der Löhne der gesammten Arbeiterschaft, soweit dieselben nicht ihrerseits in bloßen Antheilen am Reingewinn bestehen; der Kosten für Beschaffung des Arbeitsstoffes und der sonstigen Vorbedingungen der Arbeit, die der Unternehmer zu liefern hat (des Arbeitslokals und seiner Ausstattung mit den gehörigen Utensilien, Maschinen, Bureaus und sonstigem Inventar und den Bedienungskosten der Maschinen: Heizung, Futterkosten der Arbeitsthiere u. dgl.). Sodann durch Ab-

1) Sofern nur eben ein Resultat der Dienstleistung überhaupt vorliegt, was hier vorauszusetzen ist.

zug der sog. Amortisationsquote: d. i. derjenigen Beträge, welche zur Ergänzung für den natürlichen Abgang des Kapitales bei dem Produktionsgebrauch erforderlich sind. Das von dem Unternehmer zur Arbeit hergegebene Kapital läßt sich in sog. umlaufendes und stehendes Kapital zerlegen. Während das erstere im Begriff der Unkosten ausreichende Berücksichtigung findet, bedarf es für das letztere, welches an sich zwar durch die Produktion nicht konsumirt, aber doch im Lauf der Zeit stark mitgenommen, verringert, verschlechtert oder in seinem Werth vermindert wird, eines Ersatzes resp. einer Ergänzung, welche aus dem Produktionsgewinn, also dem Bruttoertrage zu entnehmen ist. Vor dieser nothwendigen Ergänzung resp. Beiseitelegung der dazu erforderlichen Mittel kann von einem Reingewinne nicht die Rede sein. Bei einer Heerde geschieht die Ergänzung ohne Weiteres in natura, indem der natürliche Abgang der Thiere in erster Linie durch die Nachzucht zu ersetzen ist. Hier stellt der Ueberschuß der Nachzucht über den Abgang, soweit nicht sonstige Unkosten in Frage kommen, weil sie durch anderen Produktionsgewinn (Milch, Dünger 2c.) in ähnlicher Weise Deckung finden, in einfachster Weise den Reingewinn des Unternehmers dar.

Meistens dagegen ist der Reingewinn ein Werthquantum und wird in einer Summe Geldes ausgedrückt. Denn um den Abzug der Unkosten 2c. vom Bruttoertrage zu bewerkstelligen, müssen sich beide auf einer kongruenten Basis zusammenfinden. Diese Basis ist, wie wir schon bei anderer Gelegenheit gesehen haben, der Werthbetrag der verschiedenen Leistungen und Erträge. Unsere Wirthschaft ist Geldwirthschaft, nicht Naturalwirthschaft. Darum ist auch die Quotallohnschuld als Schuld eines Antheils am Reingewinne (Reinantheil) regelmäßig eine Geldschuld, während die Schuld von Bruttoquoten geradesogut in Antheilen am Rohprodukt der Arbeit, wie in Antheilen am Brutto-

werth — also nur ohne Deduktion der vorgenannten Abzüge — bestehen kann.

Ob die eine oder andere dieser Betheiligungsarten gewollt sei, ist Thatfrage und hängt von richtiger Auslegung des einzelnen Vertrages ab. Meist spricht ein fester Usus für das Eine oder Andere; sei es ein allgemeiner Orts- oder Geschäftsgebrauch, oder die Uebung in dem betreffenden Betriebe. So namentlich ob die Unkosten ꝛc. vor der Quotenermittelung abzuziehen sind[2]), ingleichen ob die Quote vom Rohprodukt unmittelbar genommen werden soll. Hier kommt die Möglichkeit der Quotentheilung in natura und die allgemeine Lebenshaltung des Personals dazu noch in Betracht. Die Betheiligung des Arbeiters am Rohprodukt ist die primitivere Form des Quotallohnvertrages: sie wird daher vorwiegend auch in einfachen Verhältnissen, insbesondere in solchen, bei welchen formelle Abrechnungen nicht üblich sind, gewollt sein. Sodann aber wird sie der Absicht der Parteien da entsprechen, wo das ganze Kontraktverhältniß von vornherein nur als ein kurzes, vorübergehendes gedacht ist, — bei welchem also die Lohnermittelung und Entrichtung der geschuldeten Vergütung nicht durch ein naturgemäß in vielen Fällen erst später und zu gewissen Zeiten mögliches Versilberungs- und Abzugsverfahren der Passiven vom Gewinne aufgehalten werden soll. Z. B. wenn zahlreiche Arbeiter zur Ernte angenommen worden sind und nach derselben wieder entlassen werden, so wird die ihnen versprochene Quote regelmäßig wohl vom Rohertrag der Ernte zu entnehmen sein. Auch setzt die Abstellung der Lohnberedung auf Werth- und insbesondere Reinerträge ein Ver-

2) Eine Frage, die auch bei der gewöhnlichen Provisionsberechnung nicht selten auftaucht. So rechnet man die sog. Umsatzprovision durchgehends vom Bruttowerthe des Geschäfts, was konsequent auch auf Gewinnprovision auszudehnen ist; dagegen die Tantième des Handlungsgehülfen regelmäßig vom Reingewinn der Unternehmung.

trauen des Arbeiters in die Ehrlichkeit des Arbeitgebers voraus, welches er nur auf Grund längerer Geschäftsverbindung mit dem Herrn oder eines größeren Bildungsgrads besitzen wird, der ihm eine Kontrole der Abrechnung des Herrn ermöglicht. Den Rohertrag kann auch der niedrigste Arbeiter gewöhnlich selbst hinreichend schätzen, zumal er dabei die Quotenlegung meistens selbst vollzieht[3]). Ihm gegenüber wird diese Art der Entlohnung wohl in erster Linie beabsichtigt sein, falls sich nicht höhere und vertraulichere Beziehungen zwischen ihm und dem Herrn herausgebildet haben und nicht die Art der Dienste geradezu auf eine andere Berechnungsart hinweist. So ist auf Rohertragsbetheiligung und Bruttoquoten vornehmlich bei niederen Landarbeiten, insbesondere wenn sie von kürzerer Dauer sind[4]), zu schließen, wogegen beim Viehhirten meistens wohl zunächst ein Abgang aus der Nachzucht zu decken, dann aber weiterhin auf Rohertragsbetheiligung zu interpretiren sein wird, da die Anstellung auf Quote hier kaum anders zu verstehen ist, als daß Nutzung und Zuzucht der Thiere in natura zwischen dem Hirten und dem Herrn getheilt werden sollen. So bleibt für die Verabredung auf Werthquoten und vollends Reingewinn vorwiegend nur das Feld der höheren landwirthschaftlichen und industriellen Quotallohnverträge übrig[5]).

---

3) S. dazu auch oben § 10 nach Note 10.

4) Selbst die zur nächsten Ernte erforderliche Aussaat wird hier der Herr im Zweifel auf seine eigene Quote zu nehmen haben, also nicht vorher auszusondern berechtigt sein. Sowenig, wie im umgekehrten Verhältnisse der Theilpächter. S. oben § 12 nach Note 4.

5) Für letztere wird dies regelmäßig anerkannt. Vgl. oben Anm. 2 u. die Citate in § 25 Anm. 6. — Uebrigens ist hier unter Umständen wieder zu unterscheiden, ob die Tantième nur vom Reingewinn aus dem *Geschäftsbetrieb als solchen* oder der ganzen Unternehmung zu berechnen ist, also einschließlich seiner kapitalistischen Unterlage. Vgl. *Bolze*, Praxis des Reichsgerichts Bd. 10 N. 428. Der Regel nach bezieht sich die Tantième nur auf ersteres. Denn meistens arbeitet der Angestellte nur *mittelst* der zum Etablissement

Soweit die Quote in einem Geldbetrag besteht — mag sie vom Brutto- oder Nettowerth der Leistung herstammen — ist schließlich noch zu merken, daß die Quotenleistung durchaus nicht unbedingt aus dem Arbeitsertrag unmittelbar zu erfolgen braucht. Eine derartige spezielle Provenienz der Quote ist mit dem Wesen der Geldzahlung nicht zu vereinigen. Der Arbeitsertrag als bloßer Werthbetrag wird in der Hand des Arbeitgebers mit dessen sonstigem Vermögen konfundirt und es verbleibt nur eine Forderung des Arbeiters auf Zahlung einer der Quote des Arbeitsgewinns entsprechenden Geldsumme. Es ist also in diesen Fällen einzig darauf zu sehen, ob die Dienstleistungen, für welche der Lohn geschuldet wird, dem Arbeitgeber überhaupt Gewinn gebracht haben. Ist dies der Fall, so ist der Lohn des Arbeiters nach Maßgabe jenes erzielten Gewinnes verdient, gleichviel ob er unmittelbar aus dem Gewinn gezahlt oder anderswoher genommen wird oder genommen werden muß. Wirthschaftlich ist immerhin der Lohn aus jenem Arbeitsresultat geflossen.

§ 31.

b) Fälligkeit der Lohnforderung.

Bei längerer Dauer des Verhältnisses entsteht die Frage, wann die Quotallohnforderung fällig wird. Der allgemeine Grundsatz der Zahlbarkeit des Lohns postnumerando gibt dafür keinen näheren Anhaltspunkt, ebensowenig wie die natürliche Unmöglichkeit, die Quote vor Erreichung eines positiven Arbeitsresultates zu bestimmen. Hieraus ergibt

---

des Prinzipals gehörigen Einrichtungen (Fabrik, Dampfschiffe, Wagenpark ꝛc.) und letztere sind nicht zur Veräußerung bestimmt. Der bei einer solchen gelegentlich gemachte Gewinn gehört daher regelmäßig nicht zum Betrieb, an dem der Angestellte durch Gewinnantheil betheiligt ist. Freilich kann der Vertrag das Gegentheil bestimmen und entscheidet alsdann dessen Auslegung.

sich nur gewissermaßen eine Minimal-, nicht aber die Maximalgrenze der Fälligkeit. Nach längerer Thätigkeit des Arbeiters ist, wenn das Unternehmen prosperirt, auch ein Gewinn vorhanden, von dem die Quote sich berechnen läßt. Es fragt sich also, wielange der Arbeiter warten muß [1]). Die Beantwortung der Frage ist am leichtesten bei landwirthschaftlichen Betrieben, zumal in denjenigen Fällen, in welchen die Quote nach dem Rohertrag der Arbeit zu berechnen ist. Hier ergibt sich von selbst, daß einestheils der natürliche Verfall der Früchte abzuwarten ist: also bei Feldfrüchten 2c. die Zeit der Ernte, bei Viehzucht der Wurf der Jungen. Selbstredend ist das Rohprodukt vor seiner Wegschaffung auch zu theilen, so daß sich hier eine verhältnißmäßig enge Zeitspanne als Zeitpunkt der Befriedigung des Arbeiters für seine Quote durch die Natur der Sache selbst ergibt. Aber auch da, wo die Quote des Landarbeiters sich vom Werth der Früchte oder Reinertrag berechnet, werden durch die gewöhnlichen Fruchtperioden gewisse natürliche Abschnitte geschaffen, die für die Lohnzahlung maßgebend sind, indem in jeder Ernte doch implicite das Resultat der voraufgegangenen Bestellungsarbeit des Grundstücks zu erblicken ist. So ist es naturgemäß, und jedenfalls als regelmäßige Willensmeinung der Kontrahenten anzusehen, daß die Quote von dem jeweiligen Ernteergebniß zu berechnen ist. Und zwar muß jede einzelne Fruchtperiode in dieser Weise als ein für sich geschlossenes Ganzes angesehen werden, so daß dem Arbeiter die einmal zugeflossene Quote nicht nachträglich wieder entzogen oder herabgemindert werden kann, weil die nachfolgenden Ernten (z. B. in Folge eines Mißwachses) unergiebig werden. Im gewerblichen und industriellen Leben

1) Selbstverständlich in Ermangelung besonderer Verabredungen der Parteien. S. auch Entsch. d. ROHG Bd. 6 S. 27.

gibt es keine derartigen natürlichen Fruchtperioden, die sich als ein von selbst gegebener Abschnitt in der Thätigkeit des Arbeiters darstellen; hier läuft die ganze Maschinerie ununterbrochen weiter fort. Doch hat der moderne Verkehr an Stelle der natürlichen Fruchtperioden ein recht- und wirthschaftliches Surrogat gesetzt: das sind die kommerziellen Jahresabschlüsse (durch Inventar und Bilanz 2c.), welche ein jeder Kaufmann nicht nur beim Beginn seines Handelsgewerbes, sondern auch späterhin alljährlich zu machen hat[2]), und aus deren Vergleichung mit den früheren das finanzielle Ergebniß des einzelnen Geschäftsjahrs sich ergibt[3]) (vgl. § 39 HGB). Sonach statuirt hier das Gesetz eine Eintheilung nach Geschäftsjahren, die übrigens mit dem Kalenderjahr nicht nothwendig zusammenfällt. Wie der gewerbliche Gewinn und Verlust im Allgemeinen nach Geschäftsjahren zu berechnen ist, so ist er es nun auch für die hier in Frage stehende Quotalberechnung[4]). Der in kaufmännischen Betrieben gegen Tantième Angestellte hat also regelmäßig Anspruch auf die Quote des Reingewinns der Unternehmung, wie er sich nach Ablauf des Geschäftsjahrs aus der alsdann aufzustellenden Jahresbilanz ergibt; gleichgültig ob er selbst schon dieses ganze Jahr in dem Geschäfte thätig war, oder erst im Lauf des Jahres eingetreten ist. Freilich hat er, wenn er im Laufe des Geschäftsjahrs eintrat, keinen Anspruch auf die Quote vom Gesammtgewinne des betreffenden Jahrs, sondern nur nach Verhältniß der Zeit, in welcher er in diesem Jahre angestellt war[5]). Dieser Anspruch des Arbeiters auf die

2) Vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 2 S. 30, Bd. 16 S. 55, Bd. 25 S. 76, Bd. 26 S. 224, Bd. 28 S. 428 u. A.

3) Entscheidungen des ROHG Bd. 12 S. 17.

4) Vgl. auch die entsprechende Bestimmung für die Gesellschaft in § 721 BGB.

5) Für die Berechnung gelten ähnliche Grundsätze, wie für den Fall des Austritts im Laufe des Geschäftsjahrs (s. u.).

Quotalentlohnung ist unabhängig von seinen etwa daneben-stehenden sonstigen Gehaltsansprüchen und deren Fälligkeit (vgl. § 614 BGB Satz 2).

Die Quotallohnforderung ist also eine bedingte und betagte. Bedingt ist sie, sofern sie abhängig ist vom Vorliegen eines Gewinnes in der betreffenden Lohnperiode bezw. vom Dasein eines Aktivsaldo[6]). Liegt ein solcher vor, so kann der Angestellte den ihm zugesagten Antheil daran verlangen und ist in späteren Jahren nicht verpflichtet, sich etwaige nachträgliche Verluste auf diese Auszahlung abrechnen zu lassen[7]). Die gesetzliche Eintheilung des Betriebes nach Geschäftsjahren schafft präklusivische Abschnitte auch für die Thätigkeit des Arbeiters in diesem Sinne: es ist mit Ablauf des Geschäftsjahrs nach der Bilanz ein definitives Arbeitsresultat erzielt, von dem der Angestellte seine Quote zu erhalten hat. Danach beginnen Arbeit und Erfolg von neuem[8]). Betagt ist die Quotallohnforderung insofern, als der Ablauf der betreffenden Ertragszeit (Frucht- oder Einkommensperiode) abzuwarten ist, von der die Quote sich berechnet. Ergibt sich dann, wie in den Fällen wo der

---

6) S. auch das in dieser Beziehung mit Unrecht von Behrend (Handelsrecht I S. 320 ff.) getadelte Urtheil des Bad. Oberhofgerichts Mannheim in Goldschmidt's Ztschr. f. Handelsrecht Bd. 14 S. 546.

7) S. die Analogie bei landwirthschaftlichen Betrieben, oben nach Note 1. — Ebensowenig sind etwaige frühere Verluste abzuziehen. Daraus ergibt sich auch, daß bei Aktiengesellschaften ꝛc. die Tantième des Angestellten im Zweifel von dem Reingewinn zu nehmen ist, der sich nach der Bilanz als Ertrag des betr. Geschäftsjahrs darstellt, nicht von dem abweichenden Ergebniß der Vermögensbilanz. So auch E. d. RG Bd. 11 S. 160 ff., eine Entscheidung, die von Mehreren mit Unrecht kritisirt wird. Die Position des Angestellten ist von derjenigen der Aktionäre ganz verschieden. S. noch unten § 33 gegen Ende.

8) Entsch. d. ROHG Bd. 6 S. 25 ff.

Rohertrag zu theilen[9]), das Resultat nicht gleich von selbst, so hat der Angestellte ein Recht auf ordnungsmäßige Ermittelung der Quote — abgesehen von der bestehenden gesetzlichen Verpflichtung des kaufmännischen Prinzipals zu Inventuren und Bilanzen. M. a. W. nicht erst durch die Bilanz und deren Aufstellung wird hier der Anspruch des Quotallohnarbeiters auf seinen Antheil am Gewinn begründet oder fällig, sondern der Anspruch des Arbeiters auf Auszahlung seines eventuellen Gewinnantheils entsteht sofort mit Ablauf des betreffenden Zeitraums, nach welchem die Berechnung stattzufinden hat. Der Angestellte hat somit in diesem Zeitpunkt ein eigenes selbständiges Recht darauf, daß der Geschäftsherr die Bilanz aufstelle. Dieser Anspruch folgt unmittelbar aus dem Kontrakte mit dem Arbeiter. Aus letzterem ist der Herr zur prompten Lohnzahlung verpflichtet; er muß also auch diejenigen Hülfshandlungen vornehmen, welche zur Erfüllung dieser Pflicht nothwendig sind[10]). Thut er das nicht, so kann der Arbeiter ihn in Verzug setzen und auf Grund desselben sein Interesse verlangen. Vorauszusetzen ist natürlich, daß die sonstigen Bedingungen des Verzugs vorliegen, also in erster Linie ein Verschulden des Arbeitgebers[11]), welches insoweit nicht angenommen werden kann, als die Aufstellung der Rechnung (der Schwierigkeit oder des Umfangs wegen) Zeit erfordert. Solange muß sich auch der Arbeiter gedulden. Wenn also

---

9) Hier hat auch eventuell der Arbeiter den Exhibitionsanspruch, wie bei der Theilpacht der Verpächter. Vgl. § 809 BGB und oben § 15 zu N. 17 ff.

10) Daraus ergibt sich auch, daß bei Aktiengesellschaften ꝛc. der in der Generalversammlung getroffene Beschluß, mit Rücksicht auf den Mangel verfügbarer flüssiger Mittel die Auszahlung der Dividende für die Aktionäre zu vertagen, den Gesellschaftsbeamten nicht verhindert, sofort die zugesagte Tantième zu verlangen. S. Anm. 7 u. Cit.

11) Vgl. § 285 BGB.

auch entschieden worden ist[12]), daß die Bilanz am Schlusse des Geschäftsjahrs fertig vorliegen soll, so war das schon nach dem bisherigen Stande der Gesetzgebung insoweit ungerechtfertigt, als ultra posse nemo tenetur. Die Handelsrechtsnovelle hat den Zweifel, der niemals hätte aufgeworfen werden dürfen, ausdrücklich beseitigt (vgl. § 39 Abs. 2)[13]). Auch kann der in kaufmännischen Betrieben Angestellte keine andere Art der Abrechnung verlangen als durch Inventuren und Bilanzen, sofern dieselben vorschriftsmäßig aufgenommen sind und insbesondere letztere die vom Gesetz verlangte Uebersicht gewährt und auf richtigen Unterlagen beruht. Diese Art der Abrechnung ist hier die allgemein übliche, um das Geschäftsergebniß der Periode zu ermitteln, und daher für Alle an dem Ergebniß Interessirten maßgebend[14]).

§ 32.

c) Kontrole.

Dagegen ist es eine andere Frage, inwieweit dem Arbeiter ein Prüfungsrecht der Quote zusteht. Hier kollidiren zwei Prinzipien. Der Quotallohnarbeiter ist nicht socius; die Leitung des Geschäfts steht ihm nicht zu, der Herr hat sie sich selber vorbehalten und verkehrt überhaupt nicht auf dem Fuß der Gleichheit mit dem Arbeiter. Die Interessen beider Theile sind in ihrem letzten Ende diametral entgegengesetzte[1]); der Herr hat daher meist ein dringendes

12) E. d. RG in Strafsachen Bd. 2 S. 30.

13) Es heißt daselbst: (der Kaufmann) hat demnächst für den Schluß jedes Jahres ein solches Inventar und eine solche Bilanz aufzustellen . . . Die Aufstellung ist innerhalb der einem ordnungsmäßigen Geschäftsgang entsprechenden Zeit zu bewirken. — Die Bilanz soll sich auf das gesammte verflossene Geschäftsjahr (in maximo 12 Monate) beziehen, welches seinerseits erst mit dem Ablaufe des letzten Tages endigt. Das Ergebniß kann also erst nach Eintritt seiner sämmtlichen Faktoren festgestellt werden.

14) S. darüber noch unten § 32.

1) Vgl. insbesondere § 21 nach Note 12.

Interesse daran, dem Arbeiter den Einblick in die Gesammtorganisation des Betriebs und seine Geschäftsbeziehungen zu verwehren. Gerade weil er sie ihm versagen will, hat er ihn nicht zum socius gemacht, sondern sich auf ein Lohnverhältniß (die Begründung eines Dienstvertrages) beschränkt. Dem steht auf der anderen Seite das natürliche Recht des Arbeiters entgegen, die Berechnungen des Herrn nicht unbesehen hinzunehmen, sondern sich über die Höhe des ihm zukommenden Lohns (der Quote) durch eigenen Augenschein zu versichern. Bei landwirthschaftlichen Betrieben, insbesondere bei Vertheilung von Roherträgen ist die Kontrole leicht und macht sich vielfach für den Arbeiter dadurch von selbst, daß er es ist, welcher die Theilung körperlich vollzieht. Auch bei dem antheilmäßigen Honorar eines Vermögensverwalters[2]) wird keine Schwierigkeit entstehen, indem der Verwalter als Gläubiger der Quote hier meistens schon von selbst genügend über deren Ertrag orientirt ist. Ist *er* es doch zumeist, der hier die Rechnung aufstellt und sich daher auch selbst die Quote mitberechnet (§ 259 BGB). In anderen Fällen aber ist die Prüfung oft eine überaus schwierige Sache, die ohne einen gewissen Einblick in die Bücher und Papiere der Geschäftsleitung (also des Herrn) für einen Anderen ganz unmöglich ist. Entscheidend für das Prüfungsrecht des Arbeiters ist hier in erster Linie der Inhalt des *Vertrages* mit dem Herrn, in dem die Quote stipulirt ist. Hier kann bedungen sein, daß der Arbeiter die vom Herrn gefertigte Bilanz (vielleicht versehen mit ein paar bestimmt bezeichneten Belegen) als richtig hinnehmen muß[3]), wogegen dann nur unter besonderen Voraussetzungen (Betrug ꝛc.) eine Anfech-

2) S. § 25 zu Note 4.

3) Oder es werden *Vertrauensmänner* aufgestellt, welche die Ermittelung der Richtigkeit der Ansätze für die gesammte Arbeiterschaft mit bindender Kraft vornehmen sollen. Eine Art Kompromiß!

tung stattfindet. Ein derartiger Verzicht des Arbeiters auf weitere Kontrole ist zulässig; beruht doch das Kontrolrecht in der unten beschriebenen weiteren Gestalt überhaupt nicht auf gesetzlichen Bestimmungen, sondern ähnlich wie bei der Theilpacht[4]) auf konstanter, gewohnheitsmäßig festgestellter Uebung. Von dieser kann vertraglich abgegangen werden, und zwar in um so stärkerem Maße als der Partiarkontrakt mit einer größeren Anzahl von Personen eingegangen wird. Hier kann der Herr unmöglich sämmtlichen in dieser Weise Angestellten einen Einblick in die Bücher geben, und wird sich daher, um alle Unzuträglichkeiten und Gefahren nach dieser Richtung schon im Voraus auszuschließen, wohl stets in dem Vertrage ausbedingen, daß das Ergebniß der Rechnungsabschlüsse für das Geschäftsjahr, insbesondere die Jahresbilanz unmittelbar für sämmtliche Betheiligten, also auch für die Quotalarbeiter maßgebend sei. Ja, ein derartiges Abkommen wird implicite auch ohne ausdrückliche Verabredung beim Eintritt in einen solchen Betrieb gegen Tantième dann anzunehmen sein, wenn die Quotalentlohnung in demselben nach diesem Modus üblich und letzterer dem Arbeiter bekannt ist. Von selbst versteht sich, daß der Arbeiter auch da, wo er sich nach der Art des Unternehmens schon persönlich durch eigene Wahrnehmung von dem Ertrage überzeugen kann, nicht nachträglich besonderen Ausweis fordern darf. Ist das Unternehmen von der letzteren Art, so muß wie bei der Theilpacht angenommen werden, daß der Kontrolberechtigte den Zeitpunkt wahrzunehmen hat, in dem er seine Rechte ohne Störung des regelmäßigen Betriebs ausüben kann[5]), und gilt die Ausübung zu anderer Zeit nach der vermuthlichen Parteiabsicht als ausgeschlossen.

4) Vgl. § 13 vor Note 6 u. § 15 zu Gunsten des Verpächters.

5) Vgl. oben § 15 nach Note 16.

Von diesen Fällen abgesehen aber bedarf es eines besonderen Schutzes des Arbeiters, um ihm die Prüfung des Ertrags, an welchem er betheiligt ist, bis zu gewissem Grade zu ermöglichen. Das Prüfungsrecht geht freilich in Ermangelung besonderer Vereinbarung nie soweit, daß der Arbeiter vom Herrn vollständige Rechnungsstellung verlangen könnte. Dem steht § 259 BGB bestimmt entgegen. Diese Vorschrift verweist in Ansehung der Voraussetzungen der Rechnungslegung auf besondere Vorschriften des materiellen Rechts, die für den Quotaldienstvertrag nicht existiren, und hat, wie schon die Wortfassung ergibt, Fälle wie den vorliegenden gar nicht im Auge. „Wer verpflichtet ist, über eine mit Einnahmen oder Ausgaben verbundene Verwaltung Rechenschaft abzulegen", ist nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche doch nicht Der, welcher sein eigenes Geschäft betreibt (sein eigenes Vermögen verwaltet), wenn auch unter Umständen, wie hier, ein Dritter bis zu gewissem Grad an der Verwaltung interessirt ist. Dies mittelbare Interesse macht den dominus nicht rechnungspflichtig. Vielmehr ist, wie sich auch aus den Materialien[6]) und dem Wortlaute ergibt, in der Bestimmung des § 259 an die Fälle einer Geschäftsführung für Andere gedacht, wie sie z. B. auf Grund eines Auftrags, Dienst- oder Werkvertrags, negotiorum gestio oder Gesellschaft dem Geschäftsführer bezw. geschäftsführenden socius, oder dem Ehemann und Vater in Ansehung des von ihm verwalteten und genutzten Frauenguts und Kindesvermögens, dem Vormund oder Pfleger in Ansehung des Mündelgutes und unter gewissen Voraussetzungen dem Erben und dem Testamentsvollstrecker hinsichtlich des Nachlasses obliegt. Diese und ähnliche Verwalter haben auf Grund der besonderen Vorschriften, die

6) Vgl. die Denkschrift zur Reichstagsvorlage S. 45 ff., welche in dieser Hinsicht auch den Inhalt der Protokolle II. Lesung erschöpfend wiedergibt.

sie gegenüber dem Geschäftsherrn über ihre Thätigkeit zur Rechenschaft verpflichten, dem Herrn Rechnung zu legen d. h. eine geordnete Zusammenstellung ihrer Einnahmen und Ausgaben aus der Verwaltung mitzutheilen und Belege vorzulegen, soweit solche ertheilt zu werden pflegen. Auch in dem letzteren Punkte zeigt sich wieder, daß die Vorschrift auf unsern Fall in keiner Weise paßt. Belege, die ertheilt oder nicht ertheilt zu werden pflegen, sind Schriftstücke zum Ausweis des Verwalters über eine Handlung gegenüber Dritten, insbesondere dem Geschäftsherrn. Ist die Handlung von genügender Bedeutung, so erfolgt die Ausstellung der Belege zu diesem Zweck; im andern Falle sieht der Verkehr gewöhnlich davon ab. Hier aber sind derartige Belege begrifflich ausgeschlossen. Wer seine eigenen Geschäfte führt, bedarf keiner Belege: der Umstand, daß er am Ertrag interessirte Arbeiter hat, kann daran nichts ändern. Man würde den Fabrikherrn wohl auslachen, wenn er von einem anderen Industriellen wegen eines mit ihm geschlossenen Geschäfts „Beleg" für seine Arbeiter verlangte. Auch die bei dem Geschäftsschluß etwa sonst gewechselten Schriften sind keine Belege im Sinne des § 259. Sie werden nicht zum Zweck der Auskunft oder als Unterlage für die demnächst einem Dritten zu legende Rechnung ertheilt, sondern sind ausschließlich für die Kontrahenten selbst bestimmt. Sie sind Vorverhandlungen, Punktationen, schriftliche Vertragserklärungen (Offerte, Accept) u. dgl., aber keine Belege.

Eine Rechnungspflicht des Arbeitgebers besteht also in diesem Sinne nicht, und um so weniger die Pflicht zur Ableistung des Offenbarungseides über die Richtigkeit der angesetzten Posten, welche der § 529 im Anschluß an die Rechnungslegung aufstellt. Vielmehr muß sich der Angestellte im Allgemeinen mit derjenigen Rechnungs- oder Auskunftsform begnügen, welche in derartigen Betrieben maß-

gebend ist: mit Aufmachung der kaufmännischen Bilanz[7]). Auf Einsicht der Bücher des Prinzipals, seiner Geschäftspapiere und gemachten Inventuren hat der Angestellte nur in beschränktem Umfang Anspruch. Im Allgemeinen ergibt sich für ihn schon genügende Sicherheit aus den gesammten kaufmännischen Einrichtungen über die geordnete Buchführung, Bilanzziehung 2c., wie sie durch das Handelsgesetzbuch vorgeschrieben sind[8]). Für eine Kontrole des Arbeiters durch Einsicht dieser Bücher 2c. ist daher hier nur ausnahmsweise und in engeren Grenzen ein Bedürfniß. Dazu kommt, daß dem Prinzipal die unbeschränkte Einsichtnahme durch den Arbeiter überhaupt nicht zuzumuthen ist. Letztere setzt nicht nur eine Gleichberechtigung der Parteien, sondern geradezu ein gemeinschaftliches Interesse an der Geschäftsführung voraus, die hier fehlen. Eine Einsicht in seinen Geschäftsbetrieb als solchen braucht sich der Prinzipal vom Angestellten nicht gefallen zu lassen; dem Arbeiter ist nur zu zeigen, daß er an Lohn erhalten hat, was ihm gebührt[9]). Hiernach kann beispielsweise der Angestellte, wenn er nur gewisse

---

7) Vgl. oben § 31 am Ende. — Entsch. d. RG v. 14. Mai 1887 I 108/87 in Bolze, Praxis d. RG Bd. 4 N. 677. Ferner Entsch. v. 25. Juni 1890 I 98/90. Ebenda Bd. 10 N. 226. Urth. d. OLG Stuttgart v. 4. Juli 1890 i. d. Bl. f. würt. Rechtspflege Bd. 5 S. 79. — Geht der Anspruch des Angestellten nur auf eine Quote aus den einzelnen von ihm besorgten Geschäften, so kann er nicht einmal Vorlegung der Bilanz verlangen. Darüber s. unten §§ 48 u. 68.

8) Deshalb ist aber die Bilanz dem Angestellten vorzulegen, nicht blos abschriftlich mitzutheilen. S. die obigen Citate.

9) Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts 3. A. S. 90. Behrend, Handelsrecht I S. 321. Entscheidungen des ROHG v. 7. Januar 1871 u. 15. Mai 1875 Bd. 1 S. 194ff., Bd. 17 S. 275. Ebenso RG v. 25. Juni 1890 bei Bolze, Praxis Bd. 10 N. 226. — Lehrreich sind auch die französ. Urtheile der Appellhöfe zu Rennes v. 29. Juni 1871 (Sirey, Recueil 1871, II S. 83) u. Bordeaux v. 30. Juni 1872 (Sir. 1872, II S. 66). Cf. Lyon-Caën et Renault, Tr. de droit commercial I n. 291 bis.

Geschäfte zu besorgen hatte oder nur für bestimmte Branchen angenommen war oder wenn er nur an dem Gewinn einer Filiale, der er vorstand und über welche ein Separatkonto geführt wurde, betheiligt ist, die Vorlegung keiner anderen Bücher und Papiere verlangen, als derjenigen, welche sich auf den betreffenden Geschäftszweig oder auf das Separatkonto beziehen. Befinden sich die Angaben ungetrennt von anderen in einem und demselben Buche, so kann er nur die Einsichtnahme der betreffenden Blätter verlangen, welche die bezüglichen Eintragungen enthalten, nicht des gesammten Buches. Aber selbst wenn die Thätigkeit des Angestellten nicht in dieser Art auf einzelne Betriebszweige beschränkt, sondern eine allgemeine war, so folgt daraus doch noch kein Recht auf Einblick in die gesammte Geschäftsführung des Prinzipals[10]). Letzterer kann daher auch hier die Prüfung auf den ziffermäßigen Nachweis der einzelnen in der Bilanz enthaltenen, den Angestellten angehenden Posten beschränken[11]) und zu diesem Zwecke die erforderlichen Vorkehrungen treffen. Z. B. braucht er die Bücher nicht aus der Hand zu geben, also auch die Prüfung nicht außerhalb seines Geschäftslokals oder eines sicheren neutralen Ortes, wie vor Gericht oder auf der Amtsstube eines Notars, also unter gehöriger Aufsicht zu gestatten[12]). Er braucht nicht zu dulden,

10) Vgl. auch aus der Praxis die Entscheidungen des Bad. Oberlandesgerichts Karlsruhe v. 3. Juli 1889 i. d. Annalen der badischen Gerichte 1890 S. 67 u. des Sächs. OLG Dresden vom 1. März 1892 i. Archiv f. Bürg. Recht Bd. 2 S. 371 ff. Alle diese beschränken das Recht der Büchereinsicht auf den gedachten Prüfungszweck einschließlich der etwa erforderlichen Aufklärung seitens des Herrn. — Andere Entscheidungen für spezielle Fälle, die auf der gleichen Basis stehen, werden noch unten zu erwähnen sein.

11) Soweit nicht Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß der Geschäftsinhaber bei seinen Angaben nicht bona fide verfährt. S. auch Entsch. d. RG v. 24. Okt. 1891 bei Bolze, Praxis Bd. 13 N. 182 u. unten § 33.

12) Letzteres nur aus wichtigen Gründen (§ 811 BGB).

daß der Angestellte sich Abschriften oder sonstige Notizen aus den Büchern anfertigt[13]) oder die Durchsicht nach eigenem System veranstaltet. Vielmehr hat der Prinzipal seiner Pflicht Genüge geleistet, wenn er die einzelnen in der Bilanz enthaltenen Posten als richtig aus den Büchern nachweist, indem er die übereinstimmenden Einträge in den letzteren vorzeigt[14]). Dabei wird er auf einmal nachgewiesene Posten nicht mehr zurückzukommen brauchen, um alle nachträglichen Vergleichungen und daran geknüpfte rückläufige Kombinationen auszuschließen. Auch wird er verlangen können, daß sich der Angestellte, wenn er einen in dieser Weise vorgenommenen Posten bestreiten will oder als noch nicht hinreichend aufgeklärt erachtet, dies sofort erkläre. Bei illoyalen Beanstandungen kann der Prinzipal die Prüfung abbrechen und die Vermittelung des Gerichtes anrufen[15]).

Alle diese Grundsätze folgen im besten Sinn des Wortes aus der Natur der Sache und sind von Theorie und Praxis wesentlich aus ihr entwickelt worden. Freilich sind die gerichtlichen Entscheidungen, welche sich über die in Rede stehende Edition der Bucheintragungen aussprechen, meist in handelsrechtlichen Prozessen und mit Rücksicht auf die Vorlegung der Handelsbücher des Prinzipals in diesem Rechtsstreite ergangen. Also auf Grund der durch das Handelsgesetzbuch aufgestellten erweiterten Editionspflicht, welche jetzt dahin geregelt ist (§ 45 HGB), daß das Gericht im Laufe

13) Z. B. um sich selbst eine Bilanz zu machen. Vgl. Entsch. d. ROHG v. 7. Jan. 1871 Bd. 1 S. 194 ff. u. 15. Mai 1875 Bd. 17 S. 277 u. d. RG v. 14. Mai 1887 bei Bolze, Praxis Bd. 4 N. 677.

14) S. dazu auch Entsch. d. RG v. 5. Mai 1894 i. d. Jur. Wochenschrift, Jahrg. 1894 S. 317 u. das in der vor. Anm. zuerst citirte Urtheil, wo anerkannt ist, daß der Angestellte zur Inszenirung eines regelrechten Monitorverfahrens, wie gegen die Verwaltungsrechnung eines fremden Vermögensverwalters, nicht berechtigt ist.

15) Vgl. auch Entscheidung des französischen Appellhofes zu Rennes vom 29. Juni 1871 in Dalloz, Recueil périodique 1872, II. Abth. S. 135.

eines Rechtsstreits auf Antrag oder selbst von Amtswegen die Vorlegung der Handelsbücher einer Partei anordnen kann[16]). Indessen wäre dem praktischen Interesse doch wenig damit gedient, wenn der Angestellte es zur Ermöglichung der Kontrole in allen Fällen auf einen Prozeß gegen den Prinzipal ankommen lassen müßte. Damit würde die Lebensfähigkeit unseres Instituts, das ein sozialpolitisches Problem der Gegenwart zu lösen hat, im Keime erstickt. Eine rein civilistische Editionspflicht in dem angegebenen Umfang muß auch deshalb anerkannt werden, weil die Bücher, aus denen der Angestellte seine Gewißheit schöpft, in zahlreichen Fällen keine Handelsbücher, sondern andere Geschäftsbücher sind; z. B. weil der Betrieb, in dem die partiarische Anstellung erfolgte, kein kaufmännischer ist[17]). Freilich ist die civilistische Editionspflicht selbst der Handelsbücher sehr bestritten; aber wir haben die Frage hier nicht in allgemeiner Weise aufzurollen, in welchem Umfang sie allerdings gewisse Schwierigkeiten bietet[18]), sondern nur mit Beziehung auf das

16) Das Verhältniß dieser Vorschrift zu der allgemeinen Editionspflicht des bürgerlichen und Prozeßrechts (§§ 387, 388 CPO) ist jetzt in Abs. 2 derselben klargestellt. Danach bleiben jene anderen Vorschriften unberührt. Die entgegenstehende Ansicht von Goldschmidt i. d. Ztschr. f. Handelsr. Bd. 29 S. 367, Kohler i. civilist. Archiv Bd. 79 S. 36, Behrend, Handelsr. I S. 302 u. d. RG Bd. 15 S. 380 (vgl. Bd. 18 S. 24) ist damit reprobirt. Zustimmend schon bisher Entsch. d. RG Bd. 20 S. 45 u. i. d. jur. Wochenschr. 1893 S. 184. Die dem Richter in § 45 HGB gegebene Latitüde konnte unmöglich gegenüber solchen Fällen zugelassen werden, in welchen der Prozeßgegner schon aus den allgemeinen Grundsätzen ein unbedingtes Editionsrecht hat.

17) In kaufmännischen Betrieben ist übrigens anerkannt, daß zu den nach der Vorschrift des HGB vorzulegenden Büchern alle thatsächlich geführten, nicht blos diejenigen zu rechnen sind, zu deren Führung das Gesetz den Prinzipal zwingt. E. d. ROHG Bd. 2 S. 126.

18) In dieser Ausdehnung wird sie überwiegend verneint. Vgl. auch Goldschmidt a. a. O. S. 394, Kohler S. 35 ff., Planck, Civilprozeß II S. 247 ff., die jedoch zum Theil zu weit gehen, u. die

Verhältniß des Prinzipals zum partiarisch Angestellten. Auch ist die neue Fassung der civilen Editionsverpflichtung in § 810 BGB erheblich verbessert, insbesondere indem das ehemalige Erforderniß derselben, daß in der Urkunde gegenseitige Rechtsverhältnisse des Editionssuchers und seines Gegners beurkundet sein müssen, fallen gelassen ist. Die älteren Ausführungen von Theorie und Praxis sind daher nicht mehr unbedingt maßgebend. Ueberhaupt bestand bei der Neuregelung des Instituts im Bürgerlichen Gesetzbuch die Absicht, neben der Unabhängigstellung der Mehrzahl der Fälle von der Nothwendigkeit eines Beweisbeschlusses[19]), die Editionspflicht in einer den Bedürfnissen der Zeit entsprechenden Weise zu erweitern, und wurde daher auch der Ausdruck der Civilprozeßordnung, daß die Urkunde ihrem Inhalt nach eine den Parteien „gemeinschaftliche" sein müsse, absichtlich fallen gelassen. Man wollte damit der Gefahr einer zu engen Auslegung des Gesetzes absichtlich vorbeugen[20]). Maßgebend ist für unsern Fall der Wortlaut des § 810, wonach die Vorlegung verlangt werden kann, wenn der Editionssucher ein rechtliches Interesse daran hat, die im Besitz des andern Theils befindliche Urkunde einzusehen, und in der Urkunde ein zwischen ihm und jenem bestehendes Rechtsverhältniß beurkundet ist. Diese Voraussetzungen treffen in unserm Falle für das Quotenrecht des Ange-

---

widerspruchsvollen Entscheidungen d. RG bei Seuffert Bd. 37 N. 348 u. oben Anm. 16.

19) Zwar hatte schon Kohler a. a. O. S. 43 ff. diese Unabhängigkeit und den materiellrechtlichen Inhalt des § 387 CPO behauptet, jedoch ohne Einfluß auf die herrschende Meinung.

20) S. die Protokolle II. Lesung S. 3118 ff., 3125 ff. Hier wird auch hervorgehoben, daß es zwar nicht angehe, die Verpflichtung zur Vorlegung von Urkunden zu einer der Zeugnißpflicht analogen allgemeinen Bürgerpflicht zu erheben, und daß es daher Aufgabe des Gesetzes sei, die Editionsfälle erschöpfend aufzuzählen. Gleichwohl sei die Praxis nicht gehindert, das aus den gegebenen Vorschriften erkennbare Prinzip analogisch anzuwenden.

stellten zu. Daß einseitig errichtete Urkunden, wie die in Rede stehenden Handels- und Geschäftsbücher in dieser Weise Rechtsverhältnisse des Aufzeichners und eines Anderen bekunden können, darüber besteht so wenig Zweifel, wie daß es auf die Absicht des Aufzeichnenden, mit seiner Niederschrift ein Beweismittel zu schaffen, nicht ankommt[21]). Auch daß die in Rede stehenden Eintragungen in das Handels- und Geschäftsbuch ein zwischen dem partiarisch Angestellten und dem Prinzipal bestehendes Rechtsverhältniß beurkunden, kann füglich nicht bezweifelt werden[22]). Denn wenn der Lohnanspruch des Arbeiters hier unmittelbar von Existenz und Höhe des Geschäftsgewinns des Prinzipals abhängt, so beurkunden die Aufzeichnungen des letzteren über Gewinn und Verlust des Betriebs zugleich auch die Lohnverhältnisse des Angestellten. Ja dieser würde, wenn die genannte Editionspflicht nicht bestände, nicht einmal Anspruch auf Vorlegung der Bilanz haben. Denn auch die Bilanz gehört mit zu den einseitig vom Prinzipal über das Geschäftsergebniß errichteten Urkunden. Der Angestellte hätte nach der entgegengesetzten Meinung also gar kein Mittel, um in zuverlässiger Form und außerhalb eines Prozesses über seinen Lohnanspruch Aufschluß zu erlangen. Die civilistische Editionspflicht ist also hiernach nicht zu leugnen; nur besteht sie nicht unbeschränkt, sondern in den oben hervorgehobenen Grenzen. Sie besteht in Ansehung der Mittheilung der Bilanz, und hinsichtlich der Bücher soweit, als dies mit den verschiedenen, auf die Inter-

21) S. auch Apt, Pflicht zur Urkundenedition 2. Aufl. (1892) S. 43 ff. Kohler a. a. O. S. 23 ff. A. M. Planck, Civilprozeß II S. 248, der aber auch in anderer Hinsicht die Editionspflicht viel zu sehr beschränkt.

22) Auch dem Erforderniß (Goldschmidt a. a. O. S. 393) ist genügt, daß das Rechtsverhältniß bezw. die Gemeinschaftlichkeit des Urkundeninhalts für beide Parteien im Augenblicke der Errichtung der Urkunde, also hier des Eintrags, schon vorhanden war.

essen sowohl des Angestellten als des Prinzipals zu nehmenden Rücksichten vereinbar ist. In weiterem Umfang kann ein rechtliches Interesse des Editionssuchers an der Vorlegung im Sinne des § 810 BGB nicht anerkannt werden[23]). Ueberschreitet der Editionssucher diese Grenzen, so überschreitet er sein Recht; und wenn der Prinzipal aus solchem Grund die Prüfung abbricht[24]) und im demnächst vom Angestellten eingeleiteten Prozesse zur Vorlage im richtigen Rahmen angehalten wird, hat er die Kosten des Prozesses nicht zu tragen[25]). — Im Prozeß erfolgt die Vorlegung der Handelsbücher jetzt nach Maßgabe der näheren Vorschriften des § 45 HGB, die aller Geschäftsbücher außerhalb des Prozesses nach Maßgabe der schon erwähnten Vorschrift des § 811 BGB.

Soweit die Editionspflicht nach den obigen Ausführungen besteht, kann sich der Prinzipal der Offenlegung nicht unter dem Vorgeben entziehen, daß er auch durch die so beschränkte Einsichtnahme (z. B. wegen Offenbarung wichtiger Geschäftsbeziehungen, Absatz- oder Bezugsquellen u. dgl.) einen unersetzlichen Schaden erleide. Um solchen eventuellen Schaden zu vermeiden, muß der Prinzipal, was ihm ja freisteht, entweder gar nicht partiarisch kontrahiren, oder das Recht des Angestellten auf die Büchereinsicht von vornherein vertraglich ausschließen[26]). Hat umgekehrt der Angestellte schon an sich das Recht der Büchereinsicht, weil er sich, wie der Prokurist, in einer besonders bevorzugten Stellung

23) Gänzlich fehlt letzteres hinsichtlich aller Bücher, die nicht eigentlich Geschäftsbücher im hier besprochenen Sinne (also methodische Aufzeichnungen bestimmter Art) sind. Z. B. Haus- und Notizbücher des Prinzipals sind nicht zu ediren. S. auch Kohler a. a. O. S. 35. Entsch. d. RG i. d. Jur. Wochenschr. 1894 S. 54.

24) S. oben Anm. 15.

25) Vorausgesetzt natürlich, daß sich nicht nachträglich herausstellt, daß er den Angestellten übervortheilt hatte.

26) S. oben Anm. 3.

befindet, so kann er von diesem unbeschränkten Einsichtsrechte auch zum Zweck der Prüfung der Bilanz und der daraus für ihn entfließenden Tantième Gebrauch machen; es kann ihm zu diesem Zwecke ebensowenig entzogen werden, wie unter dem Vorwand der Untreue, solange das betreffende Vertragsverhältniß überhaupt besteht[27]).

Wenn andererseits der Anspruch des Quotalarbeiters auf Betheiligung am Rohertrage geht, wird sich ein ähnliches Kontrolrecht vertheidigen lassen, wie wir es oben bei der Theilpacht zu Gunsten des Verpächters kennen gelernt haben. Dazu liegt auch in diesem Fall ein dringendes Bedürfniß vor, da Bücher und Bilanzen über solchen Rohertrag und dessen Quoten keine oder nur höchst unvollkommene Auskunft geben können. Soweit sie es nicht können, ist für die Rechte des Arbeiters hier anderweit gesorgt. Nach der besonderen hier anwendbaren Vorschrift des Bürgerlichen Gesetzbuches hat der Arbeitgeber, weil er den Arbeitern, als deren Antheil am Ertrage, einen Inbegriff von Gegenständen ausantworten muß, denselben ein Verzeichniß des Gesammtbestandes vorzulegen und letzteres eventuell auf Antrag der Betheiligten[28]) durch Ableistung des Offenbarungseides zu bekräftigen (§§ 260, 261 BGB). Auch den Besichtigungsanspruch des § 809 werden in diesem Fall die Arbeiter gegen den Herrn erheben können, falls er im Besitze ist[29]). Doch muß hier ganz besonders darauf aufmerksam gemacht werden, daß in den meisten Fällen — wenn der Betrieb nicht derart ist, daß der einzelne Arbeiter den Gesammtertrag unmöglich übersehen kann — die Kontrole hier ganz von selbst ge-

27) S. auch Behrend, Handelsrecht I § 45 Anm. 26; Entsch. d. ROHG v. 15. Mai 1875, Bd. 17 n. 59 S. 278.

28) Und abgesehen von dem Vorliegen nur geringfügiger Differenzen. S. § 260 Abs. 3.

29) Vgl. analogisch bei der Theilpacht oben § 15 bei N. 17.

schieht, indem die Arbeiter die nothwendigen Kulturarbeiten vollziehen, womit sich dann ein weiterer Besichtigungsanspruch erledigt[30]). Auch ist, wie schon hervorgehoben, hier im Einzelfalle stets zu prüfen, ob nicht nach Maßgabe der allgemeinen Anstellungsbedingungen auf ein Kontrolrecht überhaupt verzichtet ist.

§ 33.

d) Abschreibungen.

Bei der Kontrole des Gewinnergebnisses spielt die Frage nach der Zulässigkeit der von dem Herrn gemachten Abschreibungen naturgemäß eine Hauptrolle. Die Frage wird nur praktisch, wenn die Quote nicht am Bruttoertrag des Unternehmens (Rohantheil oder Werthquantum) besteht (s. oben § 30 über diese Begriffe). Beim Reinantheil dagegen ist häufig streitig, wieviel dazu gehört bezw. was abgezogen werden kann. In dieser Hinsicht ergeben sich nicht selten zahlreiche Beanstandungspunkte[1]).

Wirthschaftlich versteht man unter Reingewinn das Reineinkommen des Unternehmers aus dem betreffenden Betrieb innerhalb einer der oben (§ 31) besprochenen Geschäftsperioden. Also nach Abzug der Unkosten und der Amortisationsquote für den betreffenden Zeitraum vom Gesammtgewinn. Dieses Reineinkommen des Unternehmers aus dem Betriebe innerhalb bestimmter Frist wird nun noch weiter zerlegt in Kapitalzins, Rente, Arbeitslohn und Unternehmergewinn im engeren Sinne[2]). Kapitalzins und Rente entsprechen dem zum Zweck der Pro-

30) S. oben bei Note 5.

1) Eine Berichtigung von Irrthümern in der Bilanz ꝛc. kann selbstverständlich gefordert werden. — Ob der Angestellte Antheil am Gewinn aus der Veräußerung von Geschäftsutensilien (Fabrikgrundstücken, Dampfern, Wagen u. dgl., welche zum Betriebe dienen) hat, beurtheilt sich nach § 30 Anm. 5.

2) Vgl. auch v. Petrażycki, Einkommen II S. 390 ff.

duktion gebrauchten umlaufenden und stehenden Kapital des Unternehmers; Arbeitslohn ist derjenige Theil des Einkommens, welcher der von ihm selbst (dem Unternehmer) bei dem Betrieb geleisteten Arbeit entspricht. Diese drei Einkommensbestandtheile werden nach dem üblichen Satze berechnet, d. h. nach dem Betrage, welcher sich ergäbe, wenn der Unternehmer, statt die betreffenden Kapitalien und seine Arbeit in den Betrieb zu stecken, dieselben anderweitig (durch Pacht, Miethe, verzinsliches Darlehen, Arbeitsvertrag) verwerthete. Und zwar ist hier der übliche Satz für diese Verwerthung (nach Maßgabe des Miethwerths, des üblichen Zinssatzes und Arbeitslohnes: vgl. § 612 BGB) entscheidend. Der Rest ist dann der sog. Unternehmergewinn, über dessen Berechtigung oder Nichtberechtigung im Sinne eines besonderen Einkommenszweiges Streit besteht.

Der Quotallohnvertrag empfiehlt sich u. A. auch dadurch, daß er diesem Streit entgeht. Es ist nämlich kein Zweifel, daß die Parteien, wenn sie nicht auf die Theorie des Unternehmerlohns als eines besonderen Einkommens eingeschworen sind, sodaß sie letztere gewissermaßen um ihrer selbst willen zur praktischen Verwirklichung bringen wollen (eine Voraussetzung, die wohl niemals zutreffen wird), die Quote nicht von dem so beschränkten „Unternehmergewinn", sondern vom ganzen Reineinkommen verstanden wissen wollen. Das ergibt sich schon daraus, daß sich die Quote selbst als Arbeitslohn darstellt, der durch die Theilung des Arbeitsresultates mit dem Unternehmer (für das was letzterer zum Betriebe hergegeben hat) ermittelt wird. Nun ist es aber offenbar, daß diese Theilung nach dem Vertragssinn nicht erst dann erfolgen kann, nachdem der Unternehmer den üblichen Entgelt für seine in den Betrieb hineingesteckten Kapitalien und Bemühungen aus dem Ergebniß schon vorweggenommen hat. Viel-

mehr müßte der Arbeiter dann auch zunächst einen besonderen (resp. den allgemein üblichen) festen Arbeitslohn verlangen, und könnte erst nach Abzug dieser beiderseitigen Vorwegnahmen von einer Quotentheilung des Unternehmerlohns im engeren Sinne zwischen dem Herrn und Arbeiter die Rede sein. Das wäre aber eine ganz unnöthige Komplizirung der Lohnberechnung, die daher praktisch wohl niemals gewählt werden wird. Viel einfacher ist es, die Quote vom Reingewinne so zu stellen, daß sie dem in dieser Hinsicht gewollten Ergebnisse entspricht. Auf die hiernach bemessene resp. zu bemessende Höhe der Quote wird aber wohl jederzeit, stärker als alle diese und andere wirthschaftliche Erwägungen, die reale Macht der Thatsachen, insbesondere Angebot und Nachfrage, von ausschlaggebender Bedeutung sein. Es scheidet also die Erörterung der Frage über den Unternehmerlohn und einen eventuellen Antheil des Arbeiters an diesem aus dem Bereich unserer Untersuchung aus[3]).

Hiernach kann es sich bei den Abschreibungen als Gegenstand besonderer Kontroversen zwischen Herrn und Arbeiter regelmäßig weder um Kapitalzins, Rente, Arbeitslohn, noch anderseits um die gewöhnlichen Unkosten im Sinne des § 30 oben handeln. Denn letztere sind

3) Freilich gibt es französische Urtheile, welche dem Unternehmer den Vorabzug des Kapitalzinses gestatten (so z. B. des Appellhofes zu Aix v. 6. Dez. 1888, Sirey, Recueil 1889, II S. 219; vgl. Urth. d. Kass.-Hofs v. 16. April 1855, eod. 1855, I S. 430, Ruben de Couder, Dict. de droit comm. et marit. s. v. Commis n. 38); aber als allgemeine Regel kann ich das nach den Ausführungen des Textes weder für richtig noch für konsequent halten. Denn warum dann nicht auch den Arbeitslohn? Allerdings kann unter Umständen der Vorabzug des Kapitalzinses gewollt sein, z. B. wenn die Arbeitsleistung beider Parteien eine annähernd gleich große ist. Da stellt die Kapitalgewährung des Unternehmers eine Art Vorausleistung von seiner Seite dar, für welche es gerechtfertigt erscheinen kann, ihn zuerst zu entschädigen.

immer abzuziehen, sofern nicht eben auf Bruttoquoten kontrahirt ist[4]). Es fragt sich nur, ob resp. *welche* Unkosten thatsächlich gemacht sind. Diese Feststellung ist Sache der Kontrole (§ 32). Dagegen gibt die Frage nach dem Abzug der *Amortisationsquote* zu mancherlei rechtlichen Bedenken Anlaß. Der Angestellte hat Anspruch auf den Reingewinn einer bestimmten *Rechnungsperiode*: in der Regel auf den Gewinn eines Geschäftsjahrs; anderseits nach Maßgabe der Ansätze und Bewerthungen in der vom Herrn für den betreffenden Zeitraum gefertigten *Bilanz*. Diese Bilanzaufstellung gehört mit zu den Aufgaben der Geschäftsleitung, auf die dem Arbeiter ein unmittelbarer Einfluß nicht zusteht. Wie er die Zweckmäßigkeit der effektiven Ausgaben nicht kritisiren darf, so muß er auch im Allgemeinen die Bewerthung der stehenden Kapitalien, wie der Geschäftsforderungen ꝛc., hinnehmen, deren Betrag zweifelhaft ist und deren Festsetzung in der Bilanz daher nach dem wahrscheinlichen Werth erfolgt[5]). Es handelt sich bei diesen Ansätzen um die Befolgung allgemeiner Geschäftsprinzipien, für welche das HGB (§ 40) dem Prinzipal gewisse Instruktionen gibt[6]), innerhalb deren er sich aber im Uebrigen frei bewegt und auch dem An-

4) Vgl. z. B. Urth. d. AGH Rouen v. 9. Dezember 1875 bei Ruben de Couder, Dict. de droit comm., s. v. Commis n. 41 bis betr. Sicherungskosten der Waare u. die oben § 30 erwähnten Unkosten. Ebenso kann umgekehrt der Quotallohnarbeiter, wie jeder andere Angestellte, seine eigenen Auslagen z. B. Reisekosten vom Herrn ersetzt verlangen. Vgl. E. d. ROHG Bd. 19 S. 9. Freilich findet er dieselben unter den Passiven der Unternehmung wieder. Sie mindern, wie alle anderen Unkosten, den in der betr. Geschäftsperiode gemachten Gewinn.

5) Und zwar mit Rücksicht auf den Zeitpunkt, für welchen die Aufstellung der Bilanz erfolgt. S. § 40 HGB.

6) Auf das Detail der letzteren ist hier nicht einzugehen. Zu einer Erörterung derselben kommt es namentlich bei Handelsgesellschaften, weil die betreffenden Geschäftsgrundsätze hier meistens im Gesellschaftsvertrage festgelegt werden.

gestellten gegenüber als Leiter der Unternehmung frei bewegen darf[7]). Im Allgemeinen sind alle Vermögensstücke nach ihrem wahren Werthe anzusetzen, also unter Berücksichtigung der Abnutzung im Laufe der betreffenden Betriebsperiode; und zwar nach dem konkreten Werth und dem konkreten Maß der Abnutzung in diesem Betriebe. Denn es ist nicht der gemeine Werth der Gegenstände in's Auge zu fassen, sondern ihr Werth für das betreffende Geschäft: für die Unternehmung, deren Fortbestand und weitere Schicksale dabei vom Herrn, soweit dies möglich, mit in Rücksicht zu ziehen sind. Dabei sind mancherlei Willkürlichkeiten kaum zu vermeiden.. Wann eine Forderung im Sinne des § 40 Abs. 2 zweifelhaft oder uneinbringlich ist, ist oftmals ebensoschwer zu sagen, wie ihr wahrscheinlicher Werth im gegenwärtigen Zeitpunkt genau zu bestimmen ist. Und mit dem Werth der Abnutzung des stehenden Kapitals verhält es sich nicht besser. Daher wird oft, und gerade in den größten Betrieben, ein bestimmter Prozentsatz, also eine Pauschalsumme, für Abschreibungen reservirt. Der Angestellte kann ein solches Verfahren nicht beanstanden, muß vielmehr den stehenden Geschäftsgrundsatz anerkennen, sofern der letztere nur nicht gegen das Gesetz oder den in Ermangelung desselben maßgebenden Ortsgebrauch verstößt[8]), oder dolos verfahren ist. Wenn also beispielsweise der Prinzipal mißbräuchlich oder in der Absicht, den Angestellten zu benachtheiligen, das Passivkonto ungebührlich aufbauscht, so hat dieses Gebahren mit der dem Herrn zustehenden Geschäftsleitung nichts mehr zu thun und unterliegt der Korrektur durch das Gericht[9]).

7) S. auch Entsch. d. RG bei Bolze, Praxis Bd. 10 N. 428 i. f. Urth. d. Appellhofes zu Aix v. 6. Dez. 1888 cit. Ruben de Couder a. a. O. n. 39 ff.

8) Vgl. auch § 612 BGB und oben § 29.

9) Vgl. auch E. d. RG bei Bolze, Praxis Bd. 13 N. 182 i. f. u. Urtheile des Appellhofs zu Nimes v. 20. Juli 1864 (Sirey,

Wie schon die vorstehenden Ausführungen erkennen lassen, ist gerade bei der Frage der Abschreibungen der richtigen Würdigung der Umstände des Falles sehr viel zu überlassen. Auch für die Auslegung des Vertrages mit dem Angestellten geben sie oft den Schlüssel an die Hand[10]). Wie es möglicherweise Sinn dieses Vertrages sein kann, daß dem Angestellten gar keine Abschreibungen für Abnutzung des Substanzvermögens in Rechnung zu stellen, vielmehr behufs Ermittelung der Quote ausschließlich die wirklichen Unkosten (baaren Auslagen ꝛc.) von dem Gesammtgewinne abzuziehen sind, so kann auch umgekehrt das Abzugsrecht des Prinzipals auf mehr als die Amortisationsgebühr, z. B. auf den Abzug statutenmäßiger Einzahlungen in den Reservefonds (bei Handelsgesellschaften), gesteigert sein. Freilich bildet ein solches Abzugsrecht in keinem Fall die Regel[11]). Im Gegentheil, es ist namentlich bei Aktiengesellschaften, in welchen die Anstellung von Beamten ꝛc. sehr häufig gegen Tantième stattfindet, zwischen dem Tantièmerecht der Aktionäre und dem der partiarisch Angestellten streng zu unterscheiden. Die Aktionäre sind am Kapital des Unternehmens betheiligt, welches in Aktien zerlegt ist; ihnen kommt folglich jeder irgendwie gemachte Gewinn zu Gute, wie er am Schluß der Unternehmung als baar vorhanden sich herausstellt oder schon während des Bestandes der Gesellschaft im Kurswerth der Aktie zum Ausdruck kommt. Die Aktionäre sind folglich auch durch denjenigen Gewinn bereichert, welcher im Laufe des Geschäftsjahrs nicht zur Auszahlung gelangt, sondern — sei es statuten-

Recueil 1864, II S. 235) u. des französischen Kassationshofs vom 1. Juni 1875 (Sir. 1876, I S. 29).

10) Vgl. auch die französ. Kassationsentscheidungen v. 1. Juni 1875 u. 17. April 1893. Sirey, Recueil 1876, I S. 29 u. 1893, I S. 299.

11) S. auch Urth. d. franz. Kassationshofs v. 28. Oktober 1895. Sirey, Recueil 1896, I S. 231.

gemäß als zur Einzahlung in den Reservefonds bestimmt, sei es durch neueren Beschluß der Generalversammlung wegen augenblicklicher Geschäftskrisen oder sonstiger Schwierigkeiten — von der Vertheilung ausgeschlossen wird. Während ein Aktionär im Allgemeinen die Vertheilung derartiger Beträge nicht fordern darf[12]), kann dem auf Tantième angestellten Geschäftsbeamten durch solche spätere Abmachungen keinesfalls sein vertragsmäßiger Antheil am Reingewinn des Geschäftsjahrs gekürzt oder entzogen werden. Da er an der dadurch bewirkten Vermögensvermehrung der Gesellschaft keinen Antheil hat, vielmehr stets auf den effektiv erzielten Betriebsgewinn der einzelnen Geschäftsperioden angewiesen ist, so würde er durch einen solchen beschlossenen Einwurf von Gewinnerträgnissen des laufenden Geschäftsjahrs in den Reservefonds nicht wie ein Aktionär bereichert, sondern geradezu seines wohlverdienten Lohnes beraubt. Das in derartige Fonds Geworfene oder von der Gewinnvertheilung Ausgeschlossene ist für ihn unwiederbringlich verloren[13]). Solche Abschreibungen braucht er sich also keinesfalls gefallen zu lassen. Was den statutenmäßigen Reservefonds betrifft, so wird es eines besonderen Anhaltspunkts im Anstellungsvertrag[14]) bedürfen, um die Abschreibung zu rechtfertigen. In Ermangelung eines solchen muß der Gesellschaft auch hier das Abzugsrecht be-

12) Vgl. z. B. Entsch. d. RG Bd. 4 S. 102.

13) Man kann auch nicht sagen, daß durch die Kapitalvermehrung in kommenden Geschäftsjahren der Gewinn vermehrt werde, der dann wieder dem Angestellten antheilsmäßig zu Gute komme. Auf eine solche Vertröstung an die Zukunft, die wiederum wesentlich durch seine eigene Arbeitsleistung bedingt ist, braucht sich der Angestellte nicht einzulassen. Es gilt der Grundsatz (s. auch oben § 31 zu Note 6 ff.), daß jedes Geschäftsjahr ausschließlich für sich zu betrachten ist, — spätere Gewinne wie spätere Verluste den Quotalanspruch des Angestellten, wie er zur Zeit sich darstellt, nicht berühren.

14) Z. B. durch Bezugnahme auf die Statuten.

stritten werden. Die Einzahlung auf den Reservefonds, soweit sie sich nicht als Amortisationsquote, also als Korrektiv gegen im anderen Fall zu hoch bewerthete Aktivposten darstellt (s. o.), hat mit dem Betriebsgewinne des betreffenden Geschäftsjahrs nichts zu thun. Der Angestellte braucht sich also diesen Abzug vor der Quotenlegung nicht gefallen zu lassen. Wie für ihn auch in anderen Beziehungen[15]) die Ertragsbilanz einer bestimmten Rechnungsperiode, nicht die Vermögensbilanz der Gesellschaft maßgebend ist, so kümmern ihn auch nicht die Maßregeln, welche die Aktionäre, als Kapitalseigner, in ihrem einseitigen Interesse der Kapitalsverbesserung ergreifen. Ein jeder Prinzipal kann sparen, indem er aus seinem Einnahmetheil in die Substanz verwendet, aber er kann von Dem, der als sein Angestellter von seiner Hände Arbeit lebt, nicht fordern, daß er zu diesem Zweck mit für ihn spare, also ein Kapital vermehre, an dem er später keinen Antheil hat.

5. Beendigung des Vertrages.

§ 34.

a) Gründe.

Die Endigung des Quotallohnvertrages tritt im Allgemeinen nach denselben Regeln, wie die der gewöhnlichen Dienstverträge ein[1]). Ist also eine bestimmte Zeit der Dienstleistungen festgesetzt[2]), so endigt das Dienstverhältniß mit Ablauf der betreffenden Zeit. Aehnlich mit Erreichung des Zwecks der Unternehmung, für welche die Anstellung erfolgte. Bei landwirthschaftlichen Dienstverträgen kann beispielsweise die Abmachung dahin gehen, daß das gesammte oder ein gewisser Theil des Arbeitspersonals lediglich zum

15) S. oben § 31 Anm. 7.

1) Erwähnenswerth ist die besondere Bestimmung des Art. 1651 des codice civile italiano: La mezzadria non cessa mai di diritto.

2) Ausdrücklich oder stillschweigend: nach Art der Dienste selbst.

Zweck der Ernte, d. i. zu den dazu erforderlichen Arbeiten angenommen sei. Der Regel nach wird freilich der partiarische Abschluß auf eine beabsichtigte längere Dauer des Vertrages hinweisen. Es ist ein Hauptvorzug des partiarischen Kontrakts, in heutiger Zeit und bei voller Wahrung der Entschließungsfreiheit der Parteien eine größere Stabilität der Arbeits- und Lohnverhältnisse herbeizuführen. Rechtlich bleibt es dabei, daß in Ermangelung einer vertragsmäßigen festen Dauer des Verhältnisses, mit deren Ablauf es von selbst erlischt[3]), ein Kündigungsrecht von jeder Seite nach Maßgabe der §§ 620 ff. BGB bezw. § 66 HGB besteht. Danach kann das Verhältniß im Allgemeinen jederzeit beendigt werden; doch ist in gewissen Fällen längerer oder höherer Dienste und allgemein bei Handlungsgehülfen die Kündigung regelmäßig nur für den Schluß eines Kalendervierteljahres zulässig. Daneben ist stets die gesetzliche Kündigungsfrist einzuhalten[4]), unter gewisser Abstufung nach Maßgabe der verschiedenen Fälle. Für die Subsumtion des Quotaldienstvertrags unter die eine oder andere dieser Regeln kommt es, abgesehen von den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs, bei Handlungsgehülfen im Wesentlichen darauf an, ob die Betheiligung des Angestellten am Gewinn seinen Haupt- oder einzigen Lohn, oder nur eine Nebenzusage neben anderer Vergütung bildet. Im letzteren Falle richtet sich die Kündigungsfrist nach dem Inhalt der Hauptabrede (§ 621), sofern nicht überhaupt der Angestellte höhere Dienste im Sinne des § 622 zu leisten hat und daher nur nach Inhalt

3) Jedoch ist relocatio möglich (§ 625 BGB) und gerade in unserem Fall als juristische Basis für die auch hier sich oft anbahnende Stabilität des partiarischen Verhältnisses (s. o.) besonders wichtig.

4) Abweichende vertragliche Festsetzung derselben ist nicht selten nur in gewissen Schranken zulässig. So muß die Kündigungsfrist nach § 67 HGB für beide Theile gleich sein und darf nicht weniger als einen Monat betragen. Auch darf die Kündigung nur zum Schlusse eines Kalendermonats erfolgen. S. jedoch §§ 68 u. 69 a. a. O.

dieser Vorschrift entlassen werden kann. Ist die dem Angestellten zugesagte Quote dagegen sein Haupt- oder einziger Lohn, so wird derselbe nach Maßgabe der oben § 31 erwähnten Perioden fällig, und ist danach die Dauer der Kündigungsfrist entsprechend zu bestimmen. Sonach wird in den meisten Fällen Kündigung nur für den Schluß eines Kalendervierteljahrs unter Einhaltung sechswöchiger Kündigungsfrist zulässig sein[5]), sofern sich nicht nach Maßgabe des Eingangs Bemerkten aus der Beschaffenheit oder dem Zweck der Dienste eine (stillschweigend gewollte) andere Dauer des Verhältnisses ergibt.

Auch hier kann übrigens[6]) nicht selten eine vorzeitige Kündigung stattfinden. Und zwar entweder unter Einhaltung einer gesetzlichen Kündigungsfrist, wie in dem Falle des § 624: also seitens des Bediensteten nach Ablauf von fünf Jahren, wenn der Dienstvertrag für längere Zeit eingegangen worden war[7]), und im Konkurs des Arbeitgebers: in welchem Fall die Kündigung von beiden Seiten nach näherer Bestimmung des § 19 KO erfolgt. Hier ist die Kündigungsfrist die gewöhnliche gesetzliche oder nach vorheriger Vereinbarung abgekürzte[8]). Endlich ist Kündigung von Seiten beider Theile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§§ 626 BGB und § 70 HGB)[9]). Hier handelt es sich um ein gesetzliches Rücktrittsrecht der Parteien vom Vertrage[10]), da (ähnlich wie bei Pacht und Miethe) die ein-

5) Vgl. §§ 621 Abs. 4, 622 BGB, § 66 HGB.

6) Wie bei der Theilpacht. Vgl. oben § 17.

7) Ein wesentliches Freiheitsrecht, das aus dem französischen Rechte (Art. 1780 Code civil) übernommen ist. Vgl. die Motive zum I. Entwurf Bd. 2 S. 465 ff. — Die Kündigungsfrist in § 624 ist unterschiedslos auf sechs Monate bestimmt.

8) S. oben Note 4.

9) Entsprechend für das Gewerberecht §§ 124a, 133b Gew.O.

10) Vgl. dazu auch oben § 28 vor Note 3; § 17 Note 7.

fachen Bestimmungen des Rücktrittsrechts von gegenseitigen Verträgen nicht genügen. Die Beurtheilung der Wichtigkeit der Gründe ist in das freie Ermessen des Gerichts gestellt[11]). In Spezialgesetzen, besonders im Handelsgesetzbuch und der Gewerbeordnung, werden gewisse Umstände in der Person des Angestellten und des Arbeitgebers ausdrücklich als zur sofortigen Aufhebung des Dienstverhältnisses berechtigend aufgezählt[12]); doch sind das auch in den betreffenden Verhältnissen nur Beispiele, für welche das Gesetz jedweden Zweifel, ob sie genügend wichtige Gründe für die Aufhebung des Dienstvertrags darstellen, ausdrücklich ausschließen wollte. Daneben sind also andere Auflösungsgründe denkbar[13]), über deren Erheblichkeit das Gericht entscheidet. Im Allgemeinen läßt sich sagen, daß hinreichend gewichtige Gründe für die Auflösung vorliegen, wenn in der Person des einen Kontrahenten Umstände eingetreten sind, unter welchen dem andern Kontrahenten die Fortsetzung des Dienstvertrags nicht weiter zuzumuthen ist. Daß diese Umstände vom andern Kontrahenten verschuldet seien, ist nicht erforderlich[14]); z. B. Krankheit, Unfähigkeit zur weiteren

11) Das Rücktrittsrecht geht durch Verzicht auf Geltendmachung der dasselbe rechtfertigenden Gründe verloren, und ein derartiger Verzicht ist auch stillschweigend anzunehmen, wenn der Gegner bei Kenntniß des die Kündigung rechtfertigenden Umstandes das Verhältniß fortsetzt. Ergeben sich dann später neue Gründe, welche die sofortige Aufhebung des Dienstverhältnisses rechtfertigen, so kann allerdings ergänzungsweise noch auf die früheren zurückgegriffen werden. Vgl. ROHG Bd. 17 n. 48 S. 221—222.

12) Vgl. §§ 71, 72 HGB; §§ 123, 124, 133c, 133d Gew.O.

13) S. schon Entsch. d. ROHG Bd. 19 S. 113 ff. — Uebrigens kann auch der Anstellungsvertrag bestimmte Thatsachen als sofortige Auflösungsgründe des Verhältnisses bezeichnen und umgekehrt die Wirksamkeit gewisser, sonst genügend „wichtiger" Gründe ausschließen. Doch darf die letztere Verabredung nicht gegen die guten Sitten oder das Gesetz verstoßen.

14) S. auch Entsch. d. ROHG Bd. 21 S. 252. Bei culpa tritt nur ein Schadensersatzanspruch des schuldigen Theils hinzu.

Dienstleistung sind hinreichende Auflösungsgründe. Auch wenn in solchem Fall die Dienste zwar noch an sich, aber nicht mehr in einer dem Herrn ersprießlichen Weise geleistet werden können (z. B. wenn aus einem erheblichen Grunde das Vertrauen des Herrn in die Leistungen des Angestellten erschüttert wird), ist ein Auflösungsgrund gegeben. Auf diesem Gesichtspunkt beruht auch der § 627[15]). Hiernach kann der nicht dauernd[16]) mit festen Bezügen Angestellte, welcher Dienste höherer Art zu leisten hat, welche auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen, ohne besondere Motivirung jederzeit entlassen werden und selbst kündigen, weil das Vertrauen hier als ein so wesentlicher Faktor des beiderseitigen Verhältnisses erscheint, daß einerseits sowohl der Herr seinen Gesinnungswechsel nicht weitläufig zu motiviren braucht, wie anderseits auch ein gezwungenes Verbleiben des Angestellten selbst auf seinem Posten mit dem Wesen eines derartigen Verhältnisses ganz unverträglich erscheint. Vielmehr ist davon auszugehen, daß auch dem Herrn in solchem Fall mit einem gezungenen Verbleiben des Angestellten nicht gedient ist, daß er also den nicht freiwillig Bleibenden auch seinerseits nicht halten will. Nur darf hier, wie auch bei Geschäftsbesorgung[17]) der Angestellte das Verhältniß seinerseits nicht unzeitig lösen, sondern nur so, daß der Herr im Stande ist, sich die Dienste anderweitig zu beschaffen resp. für Besorgung des Geschäfts in anderer Weise Fürsorge zu treffen. Sonst wird der Angestellte schadensersatzpflichtig[18]). Doch fällt auch die letztere

15) S. auch Dernburg, Pandekten II § 112 i. f. Entsch. d. RG Bd. 23 S. 167.

16) D. h. mit Tage-, Wochen- oder sonstigem kurz bemessenen Lohn Angestellte, der folglich in entsprechend kurzen Fristen entlassen werden oder kündigen kann. Vgl. §§ 620 ff.

17) Vgl. § 671 u. oben § 25 Anm. 4.

18) Die Endigung des Dienstverhältnisses tritt aber in allen Fällen — und zwar durch die Kündigungserklärung, nicht durch den

Beschränkung weg, wenn ein (vom Angestellten zu beweisender) wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Betreffs Beurtheilung der dafür vorgebrachten Thatsachen gelten gleiche Grundsätze, wie für die „wichtigen Gründe" überhaupt. Das Gericht entscheidet über das Vorhandensein nach freier Ueberzeugung (vgl. §§ 627, 671 Abs. 2, 675). Auch das ist eine Eigenthümlichkeit des Dienstvertrages, daß letzterer meist mit dem Tode des Arbeiters (nicht Arbeitgebers) sein Ende erreicht[19]; ein Endigungsgrund, der also auch ganz plötzlich (unvorhergesehen) eintreten und das Verhältniß der Parteien mitten im Lauf der Arbeitsthätigkeit zum Abschluß bringen kann. Im Falle der Geschäftsbesorgung hat hier der Erbe des Beauftragten, wenn er auch nicht in das Verhältniß eintritt also den Auftrag erledigen darf, doch neben unverzüglicher Anzeige des Todesfalles an den Herrn die Besorgung insoweit fortzusetzen, als mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, und zwar solange bis der Geschäftsherr anderweitig Fürsorge treffen kann[20] (§§ 673, 675).

§ 35.

b) Folgen.

Auf Grund der letztgenannten Umstände endigt das Dienstverhältniß häufig zu ganz irregulärer Zeit, — mitten im Lauf der landwirthschaftlichen Arbeiten oder mitten im Geschäftsjahr des betreffenden kaufmännischen oder sonstigen industriellen Betriebes. Hier fragt sich, wie es mit

Richterspruch über das Vorhandensein ihrer Voraussetzungen ein. Das Urtheil wirkt hier, wie stets, nur deklarativ. (Im ehemaligen Handelsgesetzbuch war die Frage bestritten. Vgl. Behrend, Handelsr. I § 46 N. 14 gegen Thöl 6. A. § 79.)

19) Weil die Arbeit des A nicht die des B ist. Vgl. oben § 26; s. anderseits jedoch auch § 23 nach Note 6. — Ueber Geschäftsbesorgung s. noch unten am Schluß der Lehre vom Werkvertrage.

20) Somit gilt das Verhältniß als fortbestehend. — Lediglich eine Vorschrift zu Gunsten des Geschäftsbesorgers enthält § 674.

dem Recht des Arbeiters auf seine Quote bestellt ist. Auf der einen Seite hat er unzweifelhaft bis zum Momente seines Austritts oder der Auflösung des Dienstverhältnisses Anspruch auf ungeschmälerte Gewährung des ihm vertraglich zugesicherten Gewinnantheils; anderseits ergibt sich der Gewinn erst später, sodaß seine Berechnung zur Zeit des Dienstaustritts unmöglich ist. § 628 BGB stellt für den Fall des Rücktritts eines Theiles vom Vertrage nun den allgemeinen Grundsatz auf, daß der Arbeiter einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Theil der bedungenen Vergütung fordern darf. Und diesen ohne Rücksicht auf den Grund des Austrittes des Arbeiters, da seine bisherigen Dienste jedenfalls nach dem Vertrage zu entlohnen sind. Sofern indessen die Kontraktsauflösung überwiegend dem Angestellten zuzuschreiben ist, indem er entweder selbst kündigte, ohne daß dem andern Theile eine Schuld zur Last fällt[1]), oder indem er seinerseits durch sein Verschulden[2]) dem Arbeitgeber Grund zum Rücktritt gab, so kann er den erwähnten Lohnantheil nur fordern, wenn das bisher Geleistete, so wie es bei dem Austritt vorliegt, für den Arbeitgeber noch Interesse hat. Umgekehrt versteht sich beim Verschulden des Arbeiters von selbst, daß dieser den Schaden zu ersetzen hat, welcher dem Herrn durch die vorzeitige Aufhebung des Dienstverhältnisses erwächst[3]).

Bei Anwendung dieser Bestimmung auf die partiarische Klausel zeigt sich alsbald, daß sich bei dieser das Problem erweitert. Es handelt sich um eine proportionelle Be-

1) Annahmeverzug des Arbeitgebers — objektiver Casus. S. oben § 27 N. 7 ff. — § 628 drückt das im Text Gesagte so aus: Kündigt (der Arbeiter), ohne durch vertragswidriges Verhalten des andern Theils dazu veranlaßt zu sein . . .". Vgl. dazu oben § 28 Anm. 3.

2) S. die vorige Anmerkung. Auch hier ist Schuld gemeint.

3) Der sonstige Inhalt des § 628 (Herausgabe des im Voraus gezahlten Lohns) kommt für unser Verhältniß nicht in Betracht.

stimmung des Lohns für die geleisteten Dienste nach Maßgabe der für die gesammte Dienstzeit bedungenen Vergütung. Nun hängt aber gerade bei den Quotaldienstverträgen die Lohnbestimmung (ganz oder zum Theil) von Umständen ab, die vielfach erst geraume Zeit nach dem Ausscheiden des Angestellten wirksam werden. Dieselbe Schwierigkeit wiederholt sich, wenn unter Einhaltung der Kündigungsfrist gekündigt wird, aber die dadurch herbeigeführte Endigung des Dienstverhältnisses nicht mit dem Fruchtverfall zusammentrifft[4]). Ein solches Zusammentreffen ist zwar nach den allgemeinen Bestimmungen über die Beendigung des Dienstvertrags möglichst erstrebt, aber doch nicht immer zu erreichen. Insbesondere die Auflösung zum Schlusse des Kalendervierteljahrs wird häufig nicht mit den landwirthschaftlichen Fruchtperioden oder dem kaufmännischen Geschäftsjahr zusammenfallen. Die Lösung der daraus sich ergebenden Schwierigkeiten kann nun für alle in Betracht kommenden Fälle nur die gleiche sein. Verschiedenheiten können sich nur aus der Schuldfrage ergeben. Im Prinzip ist davon auszugehen, daß die vom Angestellten bis zur Auflösung des Kontrakts geleisteten Dienste, wie bedungen, zu honoriren sind. Es kann sich also nur um richtige Bemessung des Lohnes handeln. Möglich ist allerdings, daß der Vertrag bestimmte (resp. so gemeint war), der Angestellte solle nur im Falle völliger Aushaltung des Geschäftsjahrs oder der landwirthschaftlichen Fruchtperiode die zugesagte Quote fordern dürfen, sodaß er seines Anspruches darauf verlustig geht, wenn er aus irgend einem Grunde früher ausscheidet[5]). Eine solche

4) Desgleichen bei Endigung des Dienstverhältnisses durch Tod des Arbeiters, sofern der Tod im Laufe einer Frucht- oder Rechnungsperiode eintritt.

5) Unter Umständen vielleicht nur bei Gründen, die in seiner Person liegen, oder nur aus solchen, die er verschuldet hat.

Verabredung, die alle Schwierigkeiten abschneidet, ohne sie zu lösen, ist aber ohne besonderen unzweifelhaften Ausdruck im Vertrage sicherlich nicht anzunehmen. Vielmehr gebührt nach allgemeinen Grundsätzen dem Arbeiter für die geleisteten Dienste auch ein verhältnißmäßiger Lohn[6]). Es entspricht somit der erste Satz des § 628 einer allgemeinen Regel, welche überall da Anwendung finden muß, wo das Dienstverhältniß vor dem Verfall der Quote endigt.

Es handelt sich hiernach nur um die Frage der richtigen Bestimmung der Quote als einer portio portionis von einem demnächst noch zu erwartenden Ertrag. Für diese Bestimmung machen sich sofort zwei Gesichtspunkte geltend. Auf der einen Seite kann man sagen, daß der Gesammtertrag, von dem die Quote zu berechnen war, doch wesentlich gerade durch oder mit durch die Thätigkeit des Ausgeschiedenen hervorgebracht werden sollte; daß dabei wesentlich auf ihn und seine Fähigkeiten gerechnet wurde, deren Einfluß nun mit seinem Ausscheiden fortfällt. Man könnte also schließen, daß er an dem, was er nicht mit hervorgebracht, auch nicht partizipiren könne. Dann aber ließe sich der Quotallohnanspruch in solchen Fällen wohl überhaupt nicht konstruiren; und zwar würde wesentlich nur um einer formellen Unzulänglichkeit willen das materielle Recht verletzt. Man muß daher von einem anderen Gesichtspunkt ausgehen. Dieser ist, daß die Parteiabsicht, deren richtige Auslegung, wie wir schon oben sahen, in vielen Fällen dazu führt, eine feste Dauer des Kontraktes bis zur Fruchtgewinnung anzunehmen, zum Mindesten dahin geht, dem Angestellten ein festes Antheilsrecht am jedesmaligen demnächstigen Fruchtgewinn, so wie er fällig wird, zuzugestehen, und zwar auch dann, wenn etwa der

Der Parteiverabredung ist in dieser Beziehung der weiteste Spielraum gegeben.

6) Vgl. auch Entsch. d. OHRG v. 4. Dez. 1875 Bd. 19 S. 121 ff.

Angestellte früher ausscheidet. Natürlich erhält er letzterenfalls nicht die gesammte, sondern nur einen Bruchtheil der versprochenen Quote nach der Dauer seiner Dienstzeit innerhalb der letzten Frucht- oder Rechnungsperiode. Dieser Bruchtheil der Quote als Entgelt für die bis zur Beendigung des Vertrags geleisteten Dienste (nach Maßgabe des demnächstigen Frucht- oder Gewinnergebnisses) bildet ein Recht des Arbeiters, welches ihm auch bei vorzeitiger Vertragsauflösung nicht entzogen werden kann; gleichviel weshalb die Lösung vor dem Gewinnergebnisse erfolgt. So also — mag einfach gekündigt und die Kündigungsfrist abgelaufen, mag der Arbeiter gestorben und von seinen Erben der rückständige Lohn beansprucht sein, oder mag ein Grund vorliegen, der den einen oder andern Theil zu der sofortigen Kündigung berechtigt. Gleichgültig ist in letzterem Falle auch, ob dieser Grund in der Person des Arbeiters oder des Arbeitgebers liegt, ob er vom Arbeiter verschuldet ist, oder nicht. Denn auch Pflichtwidrigkeit, Kontraktbruch (Untreue, Etablirung eines Konkurrenzgeschäfts), mit einem Wort vertragswidriges Verhalten des Angestellten aller Art hindert nicht den Anspruch auf den schon verdienten Lohn, dessen Fälligkeit nur noch hinaussteht und dessen einzige Bedingtheit in concreto darin liegt, daß er von einem späteren Gewinnergebniß abhängt. Nur wenn die Leistungen des Arbeiters durch die vorzeitige Kontraktsauflösung in Folge einer Kündigung für den Herrn unbrauchbar sind, also kein Interesse für ihn haben, cessirt, wie schon bemerkt, der Lohnanspruch, sofern der Arbeiter durch sein vertragswidriges Verhalten zur Kündigung Anlaß gab oder selbst kündigte, obschon er dem Arbeitgeber nicht denselben Vorwurf machen kann. Hier stellt sich das Gesetz ausschließlich auf den Standpunkt, daß der Arbeiter die Folgen seines Handelns selbst zu tragen hat. Uebrigens wird die Unbrauchbarkeit in unserem Falle wohl nicht allzu

häufig sein. So wird man namentlich bei den industriellen Quotaldienstverträgen selten sagen können, es seien durch den Austritt des Angestellten seine früheren Leistungen für den Herrn illusorisch geworden. Das Resultat ist also, daß man regelmäßig dem Arbeiter den Lohn für seine effektive Dienstzeit zu gewähren haben wird, sofern nicht ausnahmsweise der Vertrag sich so versteht, daß die Tantième nur verdient sei, wenn der Angestellte zur Zeit der Fälligkeit derselben dem Geschäft noch angehöre. Trifft diese Ausnahme nicht zu, so wird die Tantième gewissermaßen Tag für Tag verdient, d. h. es gebührt dem Arbeiter vom Endgewinn am Schluß der Rechnungsperiode täglich der sovielste Theil, als jene Periode Tage zählt — vorausgesetzt nur, daß am Schluß der Periode wirklich ein Gewinn gemacht ist. Daher kann der Angestellte auch hier die Quotallohnforderung erst nach Ablauf der Frucht- bezw. Rechnungsperiode geltend machen, auch wenn er früher ausgetreten ist: das Ob und das Wieviel des Anspruchs ist durch den Ausfall des Gewinnergebnisses bedingt und erst am Schluß der Periode festzustellen (s. o. § 31). Hiernach hat beispielsweise ein Angestellter, dessen Dienst am 1. Mai endigt, während das Geschäftsjahr des betreffenden Betriebes oder die Fruchtperioden vom 1. November ab datiren, genau auf die Hälfte der Quote Anspruch, die er bei Fortdauer des Verhältnisses am 1. November erhalten haben würde, gleichgültig ob bei seinem Austritt am 1. Mai noch gar kein Gewinn vorhanden (die Saat noch nicht gekeimt) war oder ob damals ein größerer Gewinn vorhanden war, der also durch späteren schlechteren Geschäftsgang wieder ganz oder theilweise absorbirt ist. Wer angestellt ist auf Gewinnquoten, die sich am 1. November realisiren, kann keinen Anspruch auf Gewinn erheben, welcher am 1. Mai (am Tage seines Austrittes) vorliegt, und ebensowenig von dem Herrn auf dieses Resultat verwiesen werden.

Er ist berechtigt und beschränkt auf den Gewinn, der sich beim Ablauf der für ihn vertraglich maßgebenden Gewinnperiode herausstellt. Von diesem hat er soviel zu beanspruchen, als der Dauer des Dienstverhältnisses im Laufe jener Periode entspricht: also in unserm Beispiele die Hälfte, weil seine Dienstzeit nur ein halbes Jahr der Periode ausfüllte. Daher muß auch der ausgeschiedene Arbeiter mit seiner Klage auf Quotalentlohnung warten bis das Geschäftsjahr resp. die Fruchtperiode abgelaufen ist, in der er ausschied. Die frühere Klage würde eine pluspetitio enthalten[7]). Nicht anders ist es auch, wenn sich der Antheil des Arbeiters nach dem Rohertrag berechnet. Denn auch in diesem Falle ist der Arbeiter nicht etwa Selbstbezugsberechtigter der Früchte, wie ein Pächter. Sondern bezugsberechtigt ist allein der Herr; und wenn der letztere hier dem Arbeiter einen gewissen Antheil der Früchte abzugeben hat, so geschieht dies lediglich auf Grund eines besonderen obligatorischen Verhältnisses (des Dienstvertrages). Es ist also auch hier[8]) sehr wichtig, wem der Fruchtertrag gehört. Das Bezugsrecht des Arbeiters fällt hiernach nicht unter die Regel, welche § 101 Ziff. 1 für den Bezug natürlicher Früchte im Anschluß an das römische Recht aufstellt. Der Arbeiter hat vielmehr auf den zugesagten Rohertrag nicht anders, als ein auf Reingewinn gestellter Arbeiter Anspruch.

Von selbst versteht sich endlich, daß wenn der Arbeiter auf Grund des § 628 Abs. 2 selbst schadenserſatzpflichtig ist, der schuldige Ersatz auf die Quotallohnforderung, so wie sie sich nach den bisherigen Ausführungen stellt, aufgerechnet bezw. das etwaige Plus des Schadens von ihm beigetrieben werden kann.

---

7) S. auch Entsch. d. ROHG Bd. 1 S. 194, Bd. 19 S. 120, Behrend, Handelsrecht I § 45 N. 25, Cosack, desgl. (3. A.) S. 90.

8) Vgl. bei der Theilpacht § 15 N. 8.

C. Der Quotalwerkvertrag.

I. Allgemeine Charakteristik.

§ 36.

Im Werkvertrag verpflichtet sich der Arbeiter — hier passend „Unternehmer" genannt — zur Herstellung oder Ausführung eines Werkes (Unternehmens) gegen eine von dem anderen Theil versprochene Vergütung (§ 631 BGB). Die Vergütung braucht, wie wir gesehen haben, nicht mehr in Geld, sondern sie kann in einer Quote des Arbeitsproduktes selbst bestehen oder nach ihm bemessen werden. Dadurch erhält der Vertrag selbst einen partiarischen Charakter: wird zum Quotalwerkvertrage.

Der Quotalwerkvertrag ist das Gegenstück des Quotaldienstvertrages und unterscheidet sich von ihm, wie der gewöhnliche Werkvertrag vom Dienstvertrage. Irrig wurde in ihm von Einigen früher eine Unterart des Dienstvertrags gesehen[1]). Derartigen Auffassungen hat das klare Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches ein Ende bereitet. Gegenstand des Dienstvertrags sind die Dienste des Arbeiters als solche, Gegenstand des Werkvertrages ist das Resultat der Arbeit: ein durch die Arbeit oder Dienst-

1) S. freilich jetzt wiederum Endemann, Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht S. 90, wogegen ich schon oben § 4 Stellung genommen habe. Auch Schollmeyer schließt in seiner Darstellung des „Rechts der einzelnen Schuldverhältnisse nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch" S. 54 die beiden Arbeitsverträge m. E. zu sehr zu sammen, wodurch die Uebersichtlichkeit nur leidet.

leistung herbeizuführender Erfolg. Beim Dienstvertrag wird für die Arbeit an und für sich betrachtet die Vergütung versprochen, beim Werkvertrage nur für den Erfolg der Thätigkeit des Unternehmers. Dieser Unterschied macht sich auch für die partiarischen Verträge beider Gattung geltend, obschon sich hier bei beiden von selbst versteht, daß ohne Resultat kein Lohn geschuldet wird.

Der Werkvertrag geht eben nicht auf eine fortlaufende Thätigkeit als solche[2]), sondern auf die Erzielung eines Arbeitsproduktes (Werk); wenngleich das Werk zusammengesetzter Natur sein und auch theilweise zu Stande gebracht, geleistet und entlohnt werden kann (vgl. § 641). Zuweilen ist der Charakter des geschlossenen Vertrages zweifelhaft, und hat die Auslegung festzustellen, ob die Vergütung für das fertige Werk oder die Dienstleistung als solche bedungen ist. So kann z. B. die Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB) den einen oder anderen Charakter haben[3]). Nicht selten aber tritt sogar in einem und demselben Vertrage eine Mischung beider Elemente ein, indem eine Vergütung zwar in erster Linie für das Werk in seiner Vollendung, daneben aber auch für die Herstellungsarbeit als solche zugesagt wird, wenn die Arbeit den gewünschten Erfolg nicht hat. Für unsere Untersuchung ist diese Mischfigur indeß nicht von besonderer Wichtigkeit, da die partiarische Klausel ohne Erfolg der Arbeit sich überhaupt als inhaltlos erweist. Indessen beruhen auf derselben mehrere Vertragstypen, welche das neuere Recht zu einer gewissen selbständigen Entwickelung gebracht hat, und an denen auch wir nicht achtlos vorübergehen dürfen. Jedoch erfolgt deren Behandlung zum Theil erst später in besonderem Zusammenhang.

2) Ein diurnum officium des Arbeitenden, wie Endemann a. a. O. S. 16 treffend hervorhebt.

3) Vgl. oben § 25 Anm. 4 und den folgenden Paragraphen.

II. Die verschiedenen Vertragstypen.

§ 37.

Das „Werk" bezw. der Erfolg, dessen Herbeiführung der Unternehmer in dem vorliegenden Vertrag verspricht, kann der verschiedensten Art sein. Das Bürgerliche Gesetzbuch verzichtet daher auch grundsätzlich auf irgend eine Einschränkung seiner Begriffsbestimmung nach dieser Richtung hin, sondern spricht nur in allgemeinster Weise aus, daß durch den Werkvertrag der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werks gegen Vergütung verpflichtet werde, während Gegenstand dieses Vertrags sowohl die Herstellung oder Veränderung von Sachen[1]) als jeder andere durch Arbeit oder Dienstleistung erreichbare Erfolg sein kann (§ 631). Immerhin ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen, daß der Erfolg in dem Bereich rechtlich geschützter Interessensphäre liegen muß[2]), und auch im so begrenzten Felde fallen nicht alle Verträge, in welchen eine derartige Werkherstellung gegen Vergütung übernommen ist, unter die Vorschriften der §§ 631 ff. BGB. Vielmehr werden die letzteren durch die Spezialgesetzgebung vielfach eingeschränkt[3]). Die Verhältnisse dieses Spezialrechts sind für unsere Untersuchung meistens unergiebig[4]); wir werden daher in diesem Abschnitt nur verhältnißmäßig selten auf sie zu sprechen kommen.

1) Also von körperlichen Gegenständen im Sinne des § 90. — Aber im Uebrigen gehört sowohl die Arbeit an Mobilien wie an Immobilien hierher.

2) Wie bei der Gesellschaft. Vgl. oben § 2 zu Note 17—18.

3) Ich erinnere an das handelsrechtliche Frachtgeschäft, an die Beförderung von Gütern und Personen auf der Eisenbahn oder zur See, an die Postbeförderung u. dgl. nach den dafür maßgebenden besonderen Bestimmungen.

4) Sie dulden meistens keine partiarische Entlohnung. Auch beim einfachen handelsrechtlichen Frachtgeschäft, wo sie allerdings vorkommen kann, wird sie doch seltener sein, als bei anderen, insbesondere den rein civilistischen Werkverträgen.

Tauglicher Gegenstand des Werkvertrags ist also nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in erster Linie die Herstellung oder Veränderung von Sachen. Dem reiht sich die Herstellung resp. (soweit sich davon reden läßt) Veränderung[5]) unkörperlicher Gegenstände: immaterieller Güter, geistiger Schöpfungen der Wissenschaft und Kunst organisch und ebenbürtig an. Beide Arten von Thätigkeit können zusammen im höheren Begriffe der Verfertigung, als eine wesentliche Seite der im Werkvertrage übernommenen Arbeitsleistungen vereinigt werden. Als zweite mögliche Kategorie derartiger Leistungen erscheint dann die Beförderung, von der freilich dem bürgerlichen Rechte (vgl. Note 3) nicht viel mehr als der gewöhnliche Transportvertrag verbleibt. Als dritte besonders wichtige Art kommt endlich die Geschäftsbesorgung (§ 675), soweit sie in einem Werkvertrage übernommen ist: also als die Dienstleistung nur dem Resultat nach in Betracht kommt und gegen Entgelt stattfindet[6]). Die letztere Kategorie steht insofern unter be-

5) Z. B. die Neuausgabe eines fremden Buches in verbesserter Auflage, die Restauration eines Gemäldes, Ergänzung einer Statue ꝛc.

6) Ist die Geschäftsbesorgung unentgeltlich übernommen, so gelten ausschließlich die Regeln des Auftrags, §§ 672 ff. Findet sie gegen Entgelt statt, so kommen in erster Linie die Vorschriften des betr. Arbeitsvertrages (Dienst- oder Werkvertrag), in dem sie übernommen ist, — daneben aber (mit Rücksicht auf die Eigenartigkeit der Dienstleistung in diesem Falle) eine Reihe der Auftragsregeln nach Maßgabe des § 675 BGB zur Anwendung. Inwiefern Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch (1897) S. 40 sagen kann, es sei zweifellos, daß die Geschäftsbesorgung in § 675 mit dem Geschäft des § 662 sich nicht decke, ist danach unerfindlich. S. auch weiter i. Text. Daß § 675 den Gedankengang der Auftragslehre einfach fortsetzt, zeigt auch seine ursprüngliche Fassung (§ 606 der II. Lesung nach den Beschlüssen der Redaktionskommission). Dort heißt es:

„Die Vorschriften der §§ 596—601, 603—605 (jetzt §§ 665 bis 670, 672—674) finden entsprechende Anwendung, wenn die Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung durch einen Dienst- oder einen Werkvertrag übernommen ist."

sonderen Regeln, als auf sie neben den allgemeinen Grundsätzen des Werkvertrags[7]) ergänzungsweise auch die wesentlichsten Bestimmungen über den Auftrag zur Anwendung kommen. Das Geschäft, von welchem hier die Rede ist, ist wesentlich negotium alienum. Es handelt sich (arg. § 662) um ein dem Uebernehmer der Besorgung von dem Auftraggeber „übertragenes Geschäft", und ebenso erfolgt die Ausführung „für diesen" (den Auftraggeber), und ist so übernommen. Der wesentliche Unterschied von § 662 besteht darin, daß die Uebernahme gegen Entgelt erfolgt[8]). Regelmäßig liegt das Geschäft im Interesse des Auftraggebers oder Bestellers, oft auch eines Dritten oder Beider zugleich, oder gar im konkurrirenden Interesse des Uebernehmers der Besorgung mit dem Besteller oder einem Dritten (mandatum mea und aliena gratia), nicht aber im einseitigen Interesse des Uebernehmers (mandatum tua gratia).

Das zeigt doch deutlich, daß die Geschäftsbesorgung in diesem Paragraphen keine andere ist, als die, von welcher bisher schon in demselben Titel die Rede war. S. auch u. § 62 N. 24. — Freilich ist der Begriff der „Geschäftsbesorgung" heute Vielen noch ein dunkler Punkt in dieser Lehre. S. auch Schollmeyer selbst loc. cit. Um so nothwendiger erscheint eine Aufklärung, für welche ich auch die vorgeschlagene Dreitheilung der überhaupt im Werkvertrag vorkommenden Arbeitsleistungen für dienlich erachte. Nur durch derartige feste Abgrenzungen läßt sich, auch den vielfach unklaren Ausführungen der Materialien gegenüber, ein sicherer Boden für die Erkenntniß des Verhältnisses der verschiedenen Gesetzesvorschriften zueinander gewinnen. S. dazu noch weiter §§ 59 ff. u. § 62 zu Note 7 ff.

7) Auch hier greift die in Note 3 erwähnte Spezialgesetzgebung ein. Z. B. für die Thätigkeit der Rechtsanwälte die Rechtsanwaltsordnung (wo übrigens meistens ein Dienstvertrag vorliegt). S. noch § 38 N. 19.

8) Der unentgeltliche Vertrag — das Mandat — ist selbstverständlich niemals partiarisch. Die im Mandatsvertrag versprochene Geschäftsbesorgung kommt also für uns nicht in Betracht. — Auch durch ein nachträglich gewährtes Honorar wird der Charakter der unentgeltlich übernommenen Besorgung nicht rückwärts verändert.

Ein solcher Auftrag hätte nur die Bedeutung eines Rathes oder einer Empfehlung[9]), für welche jetzt § 676 BGB eine besondere Bestimmung trifft. Aus alledem ergibt sich, daß regelmäßig die übernommene Thätigkeit in gewisser Weise in die Rechtssphäre des Bestellers oder des bezeichneten Dritten hinreichen wird. Das aber ist nicht erforderlich, daß sie eine Rechtshandlung oder gar ein Rechtsgeschäft sei. Der bloße Ausdruck „Geschäft" stellt das absichtlich klar. Unter diesen fallen auch rein thatsächliche Dienstleistungen. Sonach ist es Geschäftsbesorgung, si fulloni polienda vel curanda vestimenta dedero, oder wenn es Jemand übernimmt, für mich an einen Ort zu reisen und dort einen Gegenstand zu besichtigen, um mir darüber Bericht zu erstatten[10]). Das Bürgerliche Gesetzbuch ist in dieser Beziehung zum reinen römischen Recht zurückgekehrt. Die wichtigsten Besorgungen freilich gehen auf Vornahme von Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften[11]). Wie hierbei die Bedeutung des negotium alienum ganz besonders hervortritt, so treffen wir hier auf die weitere Unterscheidung, daß der Uebernehmer der Besorgung nach Außen hin entweder im Namen des Geschäftsherrn als dessen Vertreter oder Bevollmächtigter (§§ 164ff.) oder im eigenen Namen handeln soll. Im ersteren Falle treten die Wirkungen des von dem Uebernehmer abgeschlossenen Geschäfts unmittelbar für den Geschäftsherrn ein, während der Vertreter von den Wirkungen seiner eigenen, im Rahmen der Vollmacht abgegebenen Erklärung gar nicht berührt wird. Der Geschäftsherr tritt also hier durch die Ausführung des

9) Vgl. l. 2 pr. § 6 Dig. mandati vel contra (17, 1).

10) Vgl. § 13 I. de mandato (3, 26). Motive II S. 526ff.

11) Auch das Handelsrecht (§ 354 HGB) kennt den Begriff der Geschäftsbesorgung. S. darüber schon oben § 25 zu Note 9. Mit einigen dieser letzteren Besorgungen wird sich noch unsere folgende Darstellung (im IV. Kapitel) zu beschäftigen haben.

Auftrags in unmittelbare Rechtsbeziehung zu dem Dritten, mit dem der Uebernehmer der Besorgung sich eingelassen (das Geschäft zur Ausführung gebracht) hat. Er ist selbst Kontrahent und konzentrirt daher die Wirkung des Geschäfts auf sich, wenn auch der Stellvertreter zur Begründung des letzteren nach Maßgabe der Vollmacht mit dem Geschäftsherrn zusammenwirkt[12]). Dieser wird Dritten gegenüber, also dem Gegenkontrahenten des Vertreters, unmittelbar aus dem Geschäftsabschluß berechtigt und verpflichtet, und erwirbt, wenn sich die Vollmacht auf den Erwerb von Sachen bezog, mit dem Empfang derselben durch den Stellvertreter regelmäßig auch das Eigenthum[13]). Der Vertreter fungirt als solcher auch bei der Tradition im Sinne des § 929. Dagegen wird der Stellvertreter nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, sofern er nicht zu der in § 855 genannten Kategorie von Personen gehört, zunächst Besitzer, ist aber (§ 667) dem Geschäftsherrn zur Restitution verpflichtet, und letzterer daher sofort auch mittelbarer Besitzer[14]) (vgl. § 868).

Soll der Uebernehmer der Besorgung dagegen in eigenem Namen das Geschäft abschließen, so wird er durch die Ausführung dem dritten Kontrahenten gegenüber allein berechtigt und verpflichtet. Die Voraussetzungen des

---

12) Diese schon im gemeinen Recht besonders von Savigny, Dernburg, Mitteis, Hellmann u. A. vertretene Ansicht über das Wesen der modernen Stellvertretung ist vom Bürgerlichen Gesetzbuch angenommen. Eine Hauptkonsequenz des Zusammenwirkens des Vertreters und Vertretenen bei Begründung des Geschäfts kommt in § 166 BGB zum Ausdruck.

13) Bei Immobilien natürlich nur durch Ueberschreibung auf seinen Namen im Grundbuch.

14) Handelt es sich um eine nothwendige Stellvertretung, wie z. B. beim Erwerb für eine juristische Person, so erlangt die letztere durch die Apprehension des Vertreters unmittelbar den Besitz. Ein solcher Vertreter ist nur Organ der juristischen Person (vgl. §§ 26, 86 BGB). Dieses Resultat beruht unmittelbar auf der causa possessionis.

Geschäfts sind also lediglich aus seiner Person zu beurtheilen und die Wirkungen treten ausschließlich für ihn ein, nicht für den Geschäftsherrn. Letzterer kann daher vor erfolgter Cession der Ansprüche aus dem Geschäft nicht gegen den dritten Kontrahenten klagen, und ebensowenig aus dem Geschäft verklagt werden, soweit er nicht die Schuld des Gestor besonders übernommen hat[15]). Auf der anderen Seite ist der Gestor aus seinem Kontrakt mit dem Geschäftsherrn über die Besorgung zur Herausgabe von allem aus dem Geschäftsschluß Eingenommenen oder sonst Erlangten verpflichtet; wie umgekehrt der Auftraggeber ihm die in Ausführung des Auftrags eingegangenen Verpflichtungen abzunehmen und die gemachten Aufwendungen zu erstatten hat (§§ 667 ff. 670). Das von dem Gestor vorschriftsmäßig abgeschlossene Geschäft geht also auf Rechnung des Geschäftsherrn. Ging die Geschäftsbesorgung auf einen Einkauf oder sonstigen Erwerb von Sachen, so erwirbt hiernach der Gestor regelmäßig *für sich Besitz und Eigenthum* und überträgt sie beide erst demnächst auf den Geschäftsherrn[16]) gegen Befriedigung für seine Ansprüche aus der Geschäftsbesorgung. Freilich kann er auch in diesem Falle dem Geschäftsherrn direkt erwerben wollen, was namentlich wohl dann vorkommen wird, wenn er für die Geschäftsbesorgung nicht mehr Deckung sucht (z. B. Vorschuß erhalten hat, § 669) oder in dem Besitz der Sachen, den er auch hier unter allen Umständen zunächst selbst er-

15) Eine andere Frage ist, ob er nicht vom Dritten auch direkt wegen ungerechtfertigter Bereicherung belangt werden kann. Dies ist zu verneinen, insofern der Geschäftsherr den Gegenstand des Geschäfts vom Gestor auf Grund seines Kontraktes über die Geschäftsbesorgung erwarb oder den Gegenstand in anderer Weise gegen Vergütung von ihm erhielt. Denn dann ist er aus dem Geschäfte nicht bereichert. S. §§ 812, 822 BGB, welche in der vorliegenden Beziehung die Grenzen der modernen Bereicherungsklage angeben.

16) Nach Grundbuchrecht bezw. bei Mobilien durch Tradition.

wirbt[17]), schon hinreichend gedeckt ist[18]). Einer Erklärung an oder seitens des dritten Kontrahenten bedarf es dazu, abgesehen vom Erwerb von Immobilien[19]), nicht. Vielmehr tritt der sofortige Eigenthumserwerb des Geschäftsherrn bei dem Geschäftsschluß bezw. mit Tradition an den Geschäftsbesorger ohne Weiteres ein, sofern Geschäftsherr und Geschäftsbesorger unter sich über den Eintritt dieser Wirkung einverstanden waren; andernfalls durch nachträgliches constitutum possessorium (§ 930). Durch dieses läßt sich auch der erstere Fall erklären[20]). In Folge des Konstituts erlangt der Geschäftsherr Eigenthum und mittel-

17) Außer, wenn der Geschäftsbesorger zu der in § 855 genannten Kategorie von Personen gehört. S. auch oben im Fall der unmittelbaren Stellvertretung.

18) Das ist insbesondere der Fall beim Einkaufskommissionär wegen seines gesetzlichen Pfandrechts am Kommissionsgut, solange er es im Besitz hat oder mittelst Konnossements, Lade- oder Lagerscheins darüber verfügen kann. § 397 HGB. — Im Fall der Einkaufskommission wird überwiegend angenommen, daß beim Einkauf individuell bestimmter Gegenstände die Absicht des Kommissionärs wie des Geschäftsherrn regelmäßig auf unmittelbaren Erwerb des letzteren gerichtet sei, nicht aber beim Erwerb von Fungibilien. Vgl. Grünhut, Das Recht des Kommissionshandels (1879) S. 428 ff., Dernburg, Preuß. Privatr. II § 185 zu N. 12 gegen v. Lepa, Die Lehre v. Selbsteintritt d. Komm. (1883) S. 145 u. E. d. RG i. Straff. Bd. 2 S. 186. Die Anzeige von dem Vollzug der Kommission u. Eintragung des Geschäftes für den Kommittenten in die Bücher des Kommissionärs ändert an dieser Rechtsgestaltung nichts.

19) Hier muß die Umschreibung auf den Namen des Geschäftsherrn stattfinden, wenn er das Eigenthum erwerben soll. Vgl. oben Anm. 13.

20) Vgl. Windscheid, Pand. II § 155 Anm. 7 Ziff. 2 u. Cit. Entsch. d. RG v. 17. Dez. 1892 Bd. 30 S. 142 ff. — Ein nachträgliches Konstitut liegt z. B. in der Uebereinkunft, daß der Geschäftsbesorger das Objekt von nun an leihweise oder als Depositar besitzen solle. Beim Kommissionshandel gehören zu letzterer Vereinbarung unter Umständen besondere Voraussetzungen. S. dazu Dernburg, Preuß. Privatr. II § 185 Anm. 15 u. neuerdings das Reichsgesetz betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Werthpapiere, v. 5. Juli 1896.

baren Besitz der betreffenden Sachen. Ging der Auftrag auf Veräußerung, so verliert der Geschäftsherr das Eigenthum erst mit der Auflassung bezw. Tradition der Gegenstände an den Dritten[21]) (s. dazu § 932).

III. Partiarische Gestaltung.

§ 38.

Verfertigung, Beförderung und Geschäftsbesorgung sind nach den obigen Ausführungen die Hauptleistungen im Werkvertrage. An ihnen müssen wir mithin die Möglichkeit der partiarischen Gestaltung erproben, deren Kriterium bekanntlich darin liegt, daß die Entlohnung sich (ganz oder zum Theil) nach dem Ertrag der Thätigkeit selbst richtet. Das kann, wie wir in früheren Fällen schon gesehen haben, zunächst so vorkommen, daß der Lohn unmittelbar aus dem Produkt der Thätigkeit entnommen wird, was jedenfalls da zutrifft, wo der Lohn in einer Quote des Rohertrags besteht[1]). In diesen Fällen muß das Produkt nach Quoten theilbar sein, damit die hier besprochene Art der Lohnzahlung ausführbar, die partiarische Gestaltung des Werkvertrags also überhaupt möglich wird. Reelle Quotentheilung wird nun bei Fertigung individueller Sachen selten möglich sein; doch genügt zuweilen eine ideelle, indem der Lohn der Arbeit unter Umständen auch in der Einräumung des Miteigenthums an dem gefertigten Objekt bestehen kann. Auch bei der Schöpfung immaterieller Güter kann die Verabredung dahin gehen, daß eine Mitberechtigung des Autors und Desjenigen, der die Verbreitung des Werkes unternimmt oder die materiellen Vorbedingungen der Arbeit lieferte, an der Schöpfung entstehen soll. Reell

21) Eine Ausnahme tritt ein, wenn der Kommissionär von seinem Recht Gebrauch macht, selbst in das beabsichtigte Geschäft als Käufer einzutreten. S. §§ 400 ff. HGB.

1) S. darüber oben § 30.

theilbar sind in der Regel hergestellte oder bearbeitete Fungibilien. Daß hier der Arbeiter mit einer Quote der Masse selbst entlohnt wird, ist ein uraltes Vorkommniß. Hierher gehören schon die erwähnten klassischen Beispiele bei Cato[2]): des Kalkbrenners, welcher mit einem Antheil des von ihm bereiteten Kalks, — des politor und des Weinbergsverbesserers, die mit einem Antheil der gewonnenen Früchte, — des Viehzüchters, der mit einer Quote der Nachzucht der seiner Obhut anvertrauten Thiere entlohnt wird[3]). Können alle diese Kontrakte auch als bloße Dienstverträge abgeschlossen werden, so liegt die Absicht eines Werkvertrags doch meist viel näher, weil hier in erster Linie wohl auf das Produkt der Thätigkeit gesehen wird. In den genannten Fällen handelt es sich wesentlich darum, die Quantität und Qualität des Produkts möglichst zu steigern. — Schon aus den angeführten Beispielen ersehen wir, daß auch die Quotalwerkverträge in eine landwirthschaftliche und industrielle Klasse zerlegt werden können; doch lohnt es nicht, den uns schon hinreichend bekannten Gegensatz hier nochmals zu verfolgen. Ueberhaupt wird sich ergeben, daß manche beim Dienstvertrag vorgefundene Erscheinungen auch hier wieder auftauchen, sodaß wir uns der Kürze halber mehrfach mit einem bloßen Hinweis auf das früher Gesagte begnügen werden. Die landwirthschaftlichen Quotalwerkverträge werden meistens Meliorationskontrakte sein, und spielt das partiarische Moment bei diesen mit Recht eine besondere Rolle. Denn soll ein Grundstück der Kultur gewonnen, ein Viehstand verbessert werden, so ist die Quotalentlohnung das sicherste und beste Mittel, den Unternehmer einer solchen

2) Cato de R. R. c. 16, 136, 137. Vgl. oben § 21 bei N. 8. Mag diese Konstruktion auch für das römische Recht nicht zutreffen, die wirthschaftliche Bedeutung des Vorkommnisses wird dadurch nicht abgeschwächt. Und letzterem für das heutige Recht die richtige Rechtsform zu geben, ist unsere Aufgabe.

3) S. dazu noch insbesondere § 23 am Ende.

Arbeit zu außergewöhnlichen Erfolgen zu bringen[4]). Auch kann ein Landwirth auf der andern Seite für unfruchtbare, erst urbar zu machende oder für eine bestimmte Kultur zu gewinnende Landstriche unmöglich eine feste Pacht versprechen, da häufig ganz unsicher ist, in welchem Umfang die Bebauung vom Glück begünstigt sein wird. Hier weisen die Verhältnisse unmittelbar auf partiarische Gestaltung des Meliorationskontraktes hin. Der Unternehmer erhält eine bestimmte Quote vom Ertrage des durch seine Mühe verbesserten Grundstücks, — ja nicht selten wird ihm sogar ein Antheil an dem Mehrwerthe des Grund und Bodens selbst gewährt, weil hier nicht (wie bei Pacht und Dienstvertrag) ein dauerndes Verhältniß der Parteien beabsichtigt ist, sondern der Unternehmer nach Vollendung der Meliorationsarbeit regelmäßig vom Grundstück wieder abzieht. Er würde deshalb durch die bloße Betheiligung an den Früchten während der Meliorationszeit kaum genügend verdienen, um zur Entfaltung derjenigen Energie und Umsicht angespornt zu werden, welche der Grundstückseigenthümer durch die Quotalbetheiligung erzielen will. Der Eigenthümer wird sich also entweder entschließen müssen, dem Unternehmer einen Antheil an den Früchten für eine Reihe von Jahren hinaus zuzusagen oder ihm nach vollendeter Melioration einen ideellen Antheil an dem Grundstück selber einzuräumen[5]). Die Betheiligung des Unternehmers am bloßen Fruchtertrag zu einer Zeit, wo er das Grund-

4) Und zwar um so mehr, wenn es sich bei der Arbeit um zweckentsprechende Verwerthung einer Sachkunde handelt, die der Besteller der Arbeit nicht besitzt, sodaß er dem Unternehmer keine bestimmten Weisungen ertheilen kann, an die der letztere sich halten soll. Da ist das eigene Interesse des Unternehmers das beste Mittel, um seinen Eifer anzuspornen.

5) Dies kommt besonders in gewissen Gegenden Italiens vor. Vgl. Dietzel, Ueber Wesen und Bedeutung des Theilbau's in Italien i. d. Ztschr. für die ges. Staatswissenschaft Bd. 40 S. 240.

stück längst verlassen hat, wird für den letzteren meistens keinen Reiz haben, da die Kontrole sich zu schwer gestaltet; mit einer Quote des Eigenthums, die er versilbern kann, ist seinen Interessen viel mehr gedient, und daher diese Form der partiarischen Entlohnung in letzterem Fall auch vorzugsweise beliebt.

In ähnlicher Weise kann — und damit kommen wir wieder auf das industrielle Gebiet — auch die Versendung partiarisch sein. Der Frachtführer erhält als Entgelt am Ablieferungsort eine Quote der transportirten Waaren, z. B. des verfrachteten Getreides oder einer anderen Masse. Solche Vereinbarungen sind, namentlich durch das Hineinspielen der konkurrirenden Interessen anderer Faktoren (von Spediteuren, Mäklern und Agenten, die das Frachtgeschäft vermitteln und an welche der Frachtführer seine Quote gleich wieder absetzen kann) in den verschiedensten Variationen möglich. Der partiarische Abschluß wird hier regelmäßig den Zweck haben, mittelst der Quotalentlohnung den Frachtführer in Fällen einer drohenden Gefahr oder eines mit dem Transport verbundenen Risikos zur Mitnahme der fraglichen Objekte durch das Reizmittel einer möglichst hohen Vergütung zu bestimmen. So beispielsweise bei einem Transport in Kriegsgefahr — auf einem unsicheren Wege — bei sich entgegenstellenden Terrain- und sonstigen Schwierigkeiten. Oder die Gefahr droht aus der eigenen Beschaffenheit des Frachtguts, z. B. beim Transport leicht brennbarer Gegenstände. Oder die letzteren sind unter gewissen Umständen (wie bei zu schnellem oder zu langsamem Fahren) dem Schwinden oder der Verflüchtigung ausgesetzt, und werden daher vom Frachtführer nicht gerne übernommen. In allen Fällen eines derartigen mit der Versendung verbundenen Risikos kann dem Verfrachter daran liegen, den Frachtführer durch Inaussichtstellung eines besonders hohen Lohnes zur Uebernahme des Transportes zu gewinnen,

während er anderseits einen so hohen Lohn nicht absolut versprechen, sondern bis zu gewissem Grad von dem Gelingen der projektirten Versendung abhängig machen will. Er kommt daher mit dem Frachtführer überein, daß dieser vom Frachtgut selbst wenn und soweit es unbeschädigt am Bestimmungsorte ankommt, einen Antheil erhalten soll[6]), — sei es nun in natura oder von seinem Werth[7]). Dadurch sind die Interessen des Frachtführers an der wohlbehaltenen Ankunft mit denjenigen des Absenders (des Geschäftsherrn) dergestalt verkettet, daß nach der Lage der Sache ein möglichst günstiger Transporteffekt gesichert erscheint[8]). Der Frachtführer wird durch die Aussicht auf die Quote in vielen Fällen, bei Gefahren, Widrigkeiten, Reiseunfällen aller Art 2c. zu einem Aufwande von Scharfsinn, Geschicklichkeit und Umsicht veranlaßt werden, welcher in der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers (deren Anwendung jetzt regelmäßig ausreicht, um seine Haftpflicht auszuschließen) jedenfalls nicht inbegriffen ist[9]).

6) Droht kein derartiger Verlust auf dem Transporte, so liegt gar kein Quotalversprechen (s. oben § 25 Note 12), also kein partiarischer Kontrakt vor. Hier kehrt der Gegensatz von prozentual bemessenem gewöhnlichen Lohn und dem Versprechen eines Gewinnantheils wieder. — Auf der anderen Seite hat unser Fall auch mit dem sog. periculum obligationis nichts zu thun. Der Frachtführer sagt hier von vornherein: „Wenn was passirt, so will ich Nichts bekommen. Gelingt aber die Sache, so will ich um so viel mehr bekommen."

7) Beide Fälle lassen sich hier nicht besonders auseinanderhalten.

8) Im Gegensatze zur Transportversicherung, die nur ein pekuniäres Interesse an der Versendung sichern kann.

9) Vgl. § 429 HGB bezw. § 58 des Ges. betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschifffahrt v. 15. Juni 1895. — Vor Allem aber wird, wie schon in der vorigen Anmerkung angedeutet, die Chance der realen Lieferung dadurch erhöht, worauf es gerade im Gefährdefalle (Krieg u. s. w.) häufig in erster Linie ankommt. Daß der Frachtführer auch in diesem Fall für culpa auf vollen Schadensersatz haftet, versteht sich von selbst. Die Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers hat er auch heute zu beweisen.

Auch sonstige Verfertigungen und Geschäftsbesorgungen werden unter Umständen mittelst Gewährung einer Quote des Unternehmers am Rohertrage seiner Thätigkeit entlohnt. So behält der Müller, der sich das fremde Korn zum Mahlen abholt und das Mehl zurückbringt, nicht selten einen Theil davon als Lohn für sich, — wer in Weingegenden die Trauben eines Anderen keltert, häufig einen Theil von dem gewonnenen neuen Wein.

Ist der Antheil des Uebernehmers kein Rohantheil, sondern geht er auf Geld — gleichgültig ob die Quote vom Brutto- oder Reinertrag des Werkes versprochen ist (§ 30), — so eröffnet sich für die Möglichkeit der partiarischen Entlohnung der Arbeitsleistung ein ungleich weiteres Feld. Eine solche Quote ist nichts anderes als ein nach besonderen Grundsätzen bemessener und vom Gewinnergebniß abhängiger, also bedingt versprochener Lohn, der nur wirthschaftlich dem Arbeitsprodukt entfließt, nicht aber aus ihm unmittelbar zu zahlen ist[10]). Folglich braucht das Produkt hier nicht einmal ideell theilbar zu sein, um den partiarischen Abschluß zu ermöglichen. Unter Umständen wird auch hier die Theilbarkeit nicht fehlen. Z. B. eine der wichtigsten Geschäftsbesorgungen, die es gibt, ist wohl die Verwaltung eines fremden Vermögens. Hat die Bestellung des Verwalters den Charakter einer Werkverdingung, m. a. W. kommt es bei der Verwaltungsthätigkeit besonders auf die Erreichung eines bestimmten Resultates an (etwa das in Folge schlechter Wirthschaft gefährdete Vermögen wieder auf eine sichere Basis zu stellen, die zweifelhaften Forderungen beizutreiben, die Kapitalien sicher anzulegen, bedenkliche Geschäfte abzuwickeln u. dgl.), so liegt es nahe, dem mit einer solch schwierigen Mission Betrauten als Entgelt für seine Mühe, ganz ähnlich wie bei den schon erwähnten landwirth-

10) Vgl. oben § 30 am Ende.

schaftlichen Meliorationskontrakten einen bestimmten Antheil an dem effektiven Schlußbestande des Vermögens nach Maßgabe der Abrechnung zuzusichern und dadurch eine Prämie auf ein möglichst günstiges Ergebniß zu setzen. In einem anderen Falle[11]) schloß ein Hutfabrikant, der ein Verfahren zur Herstellung von Wollfilzhüten erfunden und patentirt erhalten hatte, mit zwei Fabrikbesitzern einen Vertrag auf Einführung seines Verfahrens in der Fabrik der letzteren ab, wogegen ihm von den Besitzern fünf Jahre lang von jedem nach dem Systeme hergestellten Wollfilzhut die Abgabe von einem Silbergroschen und pro Tag die Fabrikation von mindestens drei Dutzend Hüten zugesichert wurde[12]).

Unzweifelheit untheilbar dagegen ist das Arbeitsresultat bei der Beförderung von Personen oder individuellen Gegenständen. Auch wird sich der Schöpfer immaterieller Güter wohl in der Minderzahl der Fälle zur Einräumung der Mitberechtigung des andern Theils an seinem Werk verstehen[13]). Und umgekehrt kommt es nicht selten vor, daß der Besteller des Werks sich die vollständige Uebertragung des ganzen Rechtes an demselben ausbedingt, also weder

11) Vgl. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 35 (1891) S. 120.

12) Garantirung einer Mindesteinnahme in Verbindung mit dem partiarischen Lohnversprechen! Denn selbstverständlich wollten sich die Fabrikbesitzer nicht um des Unternehmers willen verpflichten, täglich drei Dutzend Hüte anzufertigen. Sie haben ihm nur die Abgabe davon versprochen. — Auch darf man nicht zweifeln, daß trotz der Abgabe von einem Silbergroschen pro Hut, hier ein Quotalversprechen wirklich vorliegt. Denn die Zahl der mit dem patentirten Verfahren herzustellenden Hüte ist unbestimmt, und darum auch die Höhe der Bezüge des Erfinders. Das Produkt (die Hüte) wird nach dem Stück verkauft, und stellt der Silbergroschen also nur einen Theil des Stückwerths dar.

13) Im Gegensatze zur Verbreitung oder Vervielfältigung gegen Entgelt nach den Regeln des Verlagsvertrags, von welchem später noch die Rede sein wird.

in eine Alleinberechtigung noch in die Mitberechtigung des Autors willigt. Oft wird damit auch das Interesse des Autors übereinstimmen, indem das Werk, für einen ganz bestimmten Zweck geschaffen, sonst nicht brauchbar ist; z. B. ein Festprolog oder eine sonstige Gelegenheitsdichtung, ein Märchenspiel oder eine Festpantomime, die sich ein Theater- oder Cirkusdirektor oder ein Festkomité für irgend einen bestimmten Anlaß haben fertigen lassen, oder ein Operntext, den sich ein Komponist, oder eine musikalische Begleitung, die sich der Dichter eines Melodrams für seine besonderen Zwecke verfassen läßt[14]). Sehr häufig ist das Resultat einer Geschäftsbesorgung durchaus untheilbar, wie z. B. die Führung eines fremden Prozesses, soweit es dabei auf das Resultat, das Obsiegen, ankommt (Werkverdingung), oder der Abschluß eines Rechtsgeschäftes für den Auftraggeber. In vielen Fällen würde hier die partiarische Gestaltung des Kontraktes ganz unmöglich sein, wenn sich nicht der Erfolg der Thätigkeit dem Werthe nach abschätzen ließe, sodaß davon dann mittelbar die Quote (als der dem Unternehmer gebührende Lohn) leicht zu bestimmen ist. Wo überhaupt die Quote als Werthantheil gedacht ist, wird die Theilbarkeit oder Untheilbarkeit des Werks an sich in vielen Fällen gleichgültig erscheinen. Der Werth ist hier entweder nach der allgemeinen Schätzung des Arbeitsresultates im Verkehr oder nach dem Werth der Gegenleistung, die dafür erzielt wird, zu bestimmen. Davon ist dann die Quote zu berechnen.

Unter Umständen ist aber die partiarische Entlohnung noch anders gemeint. Das Arbeitsresultat ist, wie wir im Fall der Einführung der patentirten Erfindung in einen praktischen Betrieb gesehen haben[15]), zur Fruktifizirung

14) Hier liegt bekanntlich ebenfalls kein Verlagsvertrag, sondern ein reiner Werkvertrag vor. Vgl. Dernburg, Preuß. Privatr. II § 210 gegen Ende.

15) S. oben Anm. 11—12.

bestimmt, und der dem Unternehmer versprochene Antheil ist ein Antheil an diesen Erträgen seines Werks. Die Erträge können direkte oder indirekte sein, je nachdem zu ihrer Gewinnung noch eine selbständige Thätigkeit Desjenigen erfordert wird, der sich das Werk herstellen ließ, oder nicht. Es werden hier dieselben Erwägungen praktisch, welche oben zur Konstruktion des partiarischen Miethverhältnisses führten. Schon dort ergab sich, daß die Leistung des einen Theils (dort des Vermiethers), obschon an sich nicht auf ein Fruchterträgniß gerichtet, dennoch die Quelle vielfachen Gewinnes für den anderen Theil werden kann, den der Vertragsgegner auf der Basis jener Leistung durch eigene Thätigkeit erlangt. Auf dieses Resultat nun (also auf die Fruktifizirung der gemachten Leistung durch den anderen Theil) spekulirt, wie dort Vermiether, so hier der Unternehmer, welcher die Grundleistung vollzieht: in unserm Fall das Werk herstellt. Er verlangt also eine Fruktifikationsquote als seinen Lohn. Dabei versteht es sich von selbst, daß er sich auch verspekuliren kann, indem das Resultat der Ausbeutung des Werks hinter den gehegten Erwartungen zurückbleibt oder die Ausnutzung gar nicht erfolgt. Inwiefern er sie verlangen kann, beurtheilt sich wie bei dem partiarischen Miethverhältniß[16]). In dieser Weise kann beispielsweise eine immaterielle Schöpfung, die — im Werkvertrage übernommen — dem Besteller zum vollen Rechte und zur ausschließlichen Verwerthung übertragen wird, so honorirt sein, daß dem Autor ein bestimmter Antheil an den Einnahmen der Ausstellung, Aufführung oder sonstigen Veröffentlichung zugesichert wird. So soll etwa der Verfasser des Libretto oder der begleitenden und verbindenden Musik einer Dichtung, der sein Autorrecht en bloc dem

16) Vgl. § 20 nach Note 5. Daneben wird die Garantirung einer Mindesteinnahme besonders zweckentsprechend sein. S. auch das Beispiel der vorigen Note.

Urheber des Hauptwerks abgetreten hat, zum Entgelt mit einer Quote an den von diesem verdienten Honoraren betheiligt sein. Hat hier das Hauptwerk nicht den erwarteten Erfolg, so wird der andere Theil, wenn er sich nicht für diesen Fall besondere Rechte ausbedungen hat, kaum etwas Anderes aus seiner Leistung heimbringen, als das Bewußtsein einer verfehlten Spekulation; denn künstlerische, wissenschaftliche Leistungen [17]) oder gar Erfolge hängen nicht blos vom guten Willen ab, sondern beruhen auf Fähigkeiten, Inspirationen 2c., über die sich nicht gebieten läßt. Nur wenn der gute Wille offensichtlich fehlt oder die Ausnutzung des übertragenen Werks kontraktwidrig unterbleibt, so kann der Hersteller desselben nicht blos von dem Vertrage zurücktreten, sondern auch Schadenserſatz wegen Nichterfüllung verlangen (vgl. §§ 325 ff.).

Bei Anwendung dieser Grundsätze ist übrigens im Einzelfalle genau zuzusehen, ob der partiarische Vertrag die Herstellung des Werks, um dessen Fruktifizirung es sich handelt, oder die Ausbeutung selbst betrifft. Denn bei jeder dieser beiden Operationen handelt es sich um eine Thätigkeit, die gegen Entgelt, also auch gegen ein partiarisches Entgelt übernommen werden kann. Ist aber der Ausbeutungsvertrag partiarisch abgeschlossen — z. B. der Verlag des Werks —, so kommt die Herstellung für unsern Typus nicht in Betracht, und umgekehrt. Auch hier liegen die Gegensätze dicht nebeneinander, wie überall bei unserm Thema. Ueberall muß die richtige Auslegung der Parteivereinbarung im Einzelfall ergänzend hinzutreten und das Geschäft derjenigen Kategorie zuweisen, der es nach unsern Ausführungen angehört. Wir können nur die Unter-

17) Kommt das Hauptwerk nicht zu Stande, so wird der andere Theil mindestens nach § 323 BGB von dem Vertrag zurücktreten, z. B. sein Libretto zu anderweitiger Verwerthung zurückfordern können.

scheidungskriterien angeben. Wie beim Verlagsvertrag gegen Gewinnbetheiligung des Autors die Herstellung des Werks nicht partiarisch übernommen ist, sondern die Ausbeutung, so leistet der gegen Tantième angenommene Impresario seine Dienste im Quotallohnvertrag, gehört also, sofern bei seiner Thätigkeit überhaupt ein Werkvertrag vorliegt[18]), unzweifelhaft hierher. Der Impresario liefert für den Künstler, der sich seiner bedient, die Vorbedingungen für eine Quelle mannigfaltigsten Erwerbs, so daß nicht selten übereingekommen wird, daß dieser Erwerb nach einem bestimmten Maßstab zwischen ihm und dem Künstler getheilt werden soll. Die Thätigkeit des Impresario geht vorzugsweise auf Beförderung an den Erwerbsort, demnächst auf Herstellung der weiteren Voraussetzungen zur Erschließung der betreffenden Erwerbsquelle: Beschaffung von Lokal, Ankündigungen, Sorge für den nöthigen Unterhalt aller Betheiligten und Tragung der vorläufigen Auslagen. Viele Künstler und ganze Künstlergesellschaften, von der Primadonna, dem Heldentenor und Geigenvirtuosen bis herab zum Akrobaten und Spezialartisten, zu Wanderrednern und Wunderkindern wären Nichts — mit einem Worte brodlos —, wenn sie nicht in dieser Weise jahraus jahrein von Unternehmern in der Welt herumgeführt würden, damit sie, wenn das Publikum der einen Stadt sich satt an ihnen gesehen hat, sofort einen geeigneten neuen Wirkungskreis für die Bethätigung ihrer Geistes- oder Leibeskräfte finden. Diesen Lokal- und sonstigen Wechsel besorgt der Impresario unter Arrangement des Ganzen und Uebernahme aller Kosten, an welche sich das zu transportirende Genie

18) Z. B. kein gewöhnlicher Dienstvertrag, oder ein Mäklervertrag. S. u. § 60. Umgekehrt kann es auch vorkommen, daß der Impresario derjenige ist, welcher die Leistungen des Künstlers ausbeutet und letzterem einen Antheil vom Erträgniß abgibt. Dann singt, spielt oder arbeitet der Künstler für ihn in einem Lohnvertrage.

nicht kehrt, oder die es im Voraus gar nicht tragen kann, weil es gewöhnlich keinen Heller in der Tasche hat. Vollzieht der Impresario seinen Auftrag gegen Verabredung eines bestimmten Antheils an der Gage oder der Abendkasse des Künstlers, so ist der Werkvertrag in unserm Sinne partiarisch. Denn nicht der Künstler ist es, der, indem er auftritt, dem Impresario leistet, sondern letzterer stellt durch seine Thätigkeit dem Künstler die erforderlichen Vorbedingungen seines Wirkens her und empfängt aus dem Ertrage dieses Wirkens seinen Lohn. Ja nicht blos Personen, sondern mitunter sogar Sachen von besonderem Werth und allgemeinerem Interesse werden in dieser Weise von Unternehmern in der Welt herumgeschickt, wie z. B. berühmte Bilder oder andere Kunstwerke. Auch hier ist häufig der Vertrag mit dem Unternehmer einer solchen Wanderausstellung so geschlossen, daß derselbe einen bestimmten Antheil an den Eintrittsgeldern oder vom Reingewinn der ganzen Ausstellung erhält. — Selbst die dem Arzt in schwierigen Fällen versprochene Vergütung kann dahin gehen, daß ihm, wenn der Kranke seine Gesundheit wiedererlangt, sodaß er seinen Beruf wiederaufnehmen kann, ein aliquoter Theil von dem Verdienst des jetzigen Patienten zukommen soll. Z. B. wäre zu solcher Uebereinkunft genügende Veranlassung, wenn der Kranke im Fall der Wiederherstellung als Künstler, Sänger oder Schauspieler von Ruf bedeutende Einnahmen zu erwarten hat, andernfalls jedoch das Honorar der schwierigen Operation ꝛc. und überhaupt ein Fixum zu zahlen außer Stande ist. Dieselbe Vereinbarung würde auch beim Anwalt möglich sein, wenn hier nicht die Frage nach der Erlaubtheit einer solchen Uebereinkunft erheblichen Zweifeln unterläge. Soll Arzt und Anwalt nicht für seine Thätigkeit als solche, sondern für den Erfolg honorirt werden, so ist das allerdings möglich und bei dem Arzte, wie wir sahen, auch un-

bedenklich zulässig. Beim Anwalt aber ist die partiarische Entlohnung nur in der Form denkbar, daß ihm, wenn der Prozeß gewonnen wird, von den dadurch für den Klienten erlangten Vortheilen ein Antheil abgegeben wird. Eine derartige Prämie für das Gelingen des Prozesses — die Zusicherung eines Theiles des Prozeßgewinnes an den Prozeßführer — aber hat man stets für unzulässig angesehen[19]) und dürfte auch nach heutigem Rechte unter das Verbot des § 138 BGB fallen[20]).

IV. Verträge mit Lieferung des Stoffs.

§ 39.

Trotz des verhältnißmäßig weiten Spielraums, der nach den Ausführungen des vorigen Paragraphen im Allgemeinen der partiarischen Gestalt des Werkvertrags gegeben werden kann, fällt eine Gruppe der dazu gehörigen Geschäfte für diese Lohnform gänzlich aus. Es sind das die Verträge auf Herstellung von Sachen aus einem vom Unternehmer selbst zu liefernden Stoff. Bei diesen ging das römische Recht[1]) von der Auffassung aus, daß hier ein Kauf vorliege (Kauf einer anzufertigenden Sache); es sei denn, daß der Unternehmer nur Zuthaten oder Nebensachen zu dem

19) Vgl. aus dem römischen Rechte insbesondere l. 7 Dig. mandati vel contra (17, 1): Salarium procuratori constitutum si extra ordinem peti coeperit, considerandum erit, laborem dominus remunerare voluerit, atque ideo finem adhiberi placitis oporteat, an eventum litium maioris pecuniae praemio contra bonos mores procurator redemerit. Ebenso l. 15 Cod. de procurat. (2, 13) u. a. Vgl. dazu auch Kohler i. Archiv f. bürg. Recht Bd. 5 S. 255; Ideale im Recht S. 95 u. wiederum i. Archiv f. bürg. Recht Bd. 12 S. 322.

20) Lotmar, Der unmoralische Vertrag (1896) S. 73.

1) Dernburg, Pand. II § 113 zu Note 9. Vgl. Ehrenberg, Kauf und Werkvertrag i. Ihering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 27 S. 253 ff. Endemann, Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht S. 23 u. Cit.

im Hauptpunkt von dem Besteller gelieferten Stoffe beschafft habe[2]). Letztere Ausnahme versteht sich von selbst und ist auch im BGB § 651 Abs. 2 ausdrücklich anerkannt. Wenn jedoch der Unternehmer den Hauptstoff zu beschaffen hat, so nimmt das Bürgerliche Gesetzbuch eine Mittelstellung ein, die sich schon im französischen Rechte wohl bewährt hat. Auch dort werden die sog. „devis et marchés" unter der Voraussetzung für Miethkontrakte erklärt, daß der Besteller den Stoff der Arbeit hergibt[3]). Im andern Falle wären sie danach Kauf; aber gleichwohl werden darauf nicht die gewöhnlichen Kaufregeln zur Anwendung gebracht, sondern für sämmtliche devis et marchés besondere Regeln aufgestellt[4]), welche sich theils auf den Fall daß der Besteller, theils daß der Arbeiter den Stoff geliefert hat, beziehen. Entsprechend hat das Bürgerliche Gesetzbuch in § 651 Abs. 1 bestimmt, daß wenn der Arbeiter den Stoff zu liefern hat, auf den Vertrag im Allgemeinen die für den Kauf gegebenen Vorschriften Anwendung finden, doch bald in weiterem bald in engerem Umfang. Danach ist das Geschäft nicht Kauf. Dagegen spricht auch die Stellung des § 651 unter der Rubrik des Werkvertrags[5]) und der gesammte Wortlaut der Bestimmung, in welcher, vom Standpunkte des Werkvertrags ausgehend, nur die Besonderheit des Falls hervorgehoben und dafür eine spezielle Norm gegeben wird. Inhaltlich geht die letztere dahin, daß der

2) Weshalb denn auch die Uebernahme eines Baues auf fremdem Grund und Boden allgemein auch dann als wahre locatio-conductio angesehen wird, wenn der Unternehmer das ganze Baumaterial herbeischafft. Vgl. l. 22 § 2 Dig. locati. Ehrenberg a. a. O. S. 253. Entsch. d. RG Bd. 13 S. 209.

3) Art. 1711 Code civil i. f.

4) Art. 1787 ff. eod.

5) Wie im französischen Rechte die Einreihung der devis et marchés unter die Rubrik der „louage d'ouvrage et industrie". Art. 1779 ff. C. civ.

Unternehmer in diesem Falle dem Besteller die gefertigte Sache zu übergeben und das Eigenthum daran zu verschaffen hat[6]), weil eben der Unternehmer, der den Stoff selbst liefert, seine Arbeit nicht schon unmittelbar in das Vermögen des Bestellers verwendet, so daß das Resultat der Arbeit ihm verbleibt, bis er es durch einen besondern Akt auf den Besteller überträgt. Es findet also hier ein Austausch des gefertigten Objekts gegen den Lohn statt, der dem Austausch von Waare und Preis beim Kaufe entspricht, im Uebrigen aber doch nicht den tiefgehenden wirthschaftlichen Unterschied beider Geschäfte überbrückt und daher nach der Absicht des Gesetzes nicht schlechthin das Arbeitsresultat zur Waare und den Werklohn zum Kaufpreis macht. Vielmehr begnügt sich das Gesetz, die erwähnte Verschaffungspflicht des Unternehmers auszusprechen und im Uebrigen diejenigen Vorschriften des Kaufs anwendbar zu erklären, welche der Aehnlichkeit beider Vertragsverhältnisse genügend entgegenkommen. Ich glaube auch nicht, daß — wie Dernburg sagt[7]) — der § 651 wesentlich mit dem römischen Recht übereinstimmt. Es traf das für die I. Lesung zu[8]), nicht für die zweite. Für letztere sind namentlich die eindringenden Mahnungen Ehrenberg's nicht unverloren gewesen. Die Grundbasis der Vorschrift ist seitdem wesentlich verändert. Wollte man dem Geschäfte nicht, wie das französische Recht gethan, einen ganzen Titel widmen sondern unnütze Wiederholungen vermeiden, so konnte der doch unzweifelhaft bis zu gewissem Grad vor-

6) Entsprechend dem § 433 beim Kaufe einer Sache.

7) Pandekten II § 113 Anm. 9 i. f.

8) Wenn es in der I. Lesung (§ 568) hieß, es „finden auf den Vertrag, sofern nicht ein Anderes vereinbart ist, die für den Kaufvertrag geltenden Vorschriften Anwendung", so hieß das in der That nichts anderes als: das Geschäft gilt als Kauf, sofern nicht die Parteien etwas Anderes wollen. Diese Regel war nach dem I. Entwurfe ausnahmslos.

handenen Analogie des Geschäftes mit dem Kauf nicht besser Rechnung getragen werden, als indem man die passenden Vorschriften des Kaufrechts hier einfach übernahm. Daß letzteres in verkehrter Auswahl geschehen sei, läßt sich nicht behaupten[9]). Vielmehr wird richtig davon ausgegangen, daß es, von dem hier überall maßgebenden wirthschaftlichen Standpunkt aus, von ausschlaggebender Bedeutung ist, ob die vom Unternehmer zu verfertigende Sache eine individuell bestimmte oder eine vertretbare ist. Im ersteren Fall tritt das Moment des Arbeitsverhältnisses naturgemäß bedeutend stärker in den Vordergrund, als in dem letzteren. Schon oben wurde auf den Unterschied verwiesen, der besteht, wenn ich mir einen Anzug für meine Person nach Maß anfertigen lasse, oder wenn ich eine Dutzendwaare in der „goldenen Hundertzehn" bestelle. Ob ich in letzteres Magazin selbst hingehe und aus den 100,000 annoncirten vorräthigen Anzügen nur einen aussuche, oder ob ich per Postkarte einen „blaukarrirten Winteranzug" bestelle und der Inhaber des Magazins, weil er zufällig nur braune hat, mir binnen vierundzwanzig Stunden einen blaukarrirten fertigt und übersendet, erscheint weder dem Besteller noch dem Lieferanten als ein Unterschied. Deshalb hat auch das Bürgerliche Gesetzbuch nur Recht gethan, den Unterschied von Kauf und Werkvertrag bei Dutzendwaaren und überhaupt vertretbaren Sachen, die zufällig, statt daß sie vorräthig zum Kaufe liegen, auf Bestellung angefertigt werden sollen, ganz zu beseitigen. Auch bei Nichtabnahme ist der Verfertiger hier praktisch kaum in einer anderen Lage, als ein Verkäufer. Es finden also auf einen solchen Fall, auch wenn die Sache erst anzufertigen ist, die Bestimmungen über den

9) Freilich die Form der Vorschrift mit ihrem zunächst unverständlichen Citatenbündel und sonstigen Mängeln (s. auch Anm. 12) soll hier nicht vertheidigt werden. Der Kern ist besser als die Schale.

Kauf schlechthin Anwendung. Handelt es sich dagegen um die Anfertigung individuell bestimmter Sachen[10]), so spielt das Herstellungsmoment bei dem Vertrag eine viel größere Rolle und wird mit Recht dem Kaufmoment vorangestellt, welches einzig den Endpunkt der Beziehungen des Anfertigers und Bestellers bezeichnet. Gewiß wird schließlich auch der Stoff in seiner Bearbeitung gegen ein Aequivalent umgesetzt, und darauf trifft auch der Gesichtspunkt des Kaufes zu; aber damit ist die Gesammtheit der Beziehungen der Kontrahenten nicht erschöpft, und gerade die überwiegenden Beziehungen in diesem Falle sind lokativer Natur, weil die Arbeit, das Herstellen — und zwar das Herstellen nach Bestellung, also nach ganz bestimmten Weisungen, die eben das Wesen der individuellen Sache ausmachen — dem Werke sein Gepräge gibt[11]). Daher werden denn auch im Bürgerlichen Gesetzbuch auf dieses Geschäft die Kaufregeln nur beschränkt zur Anwendung gebracht; nämlich nur insoweit als nicht in §§ 631 ff. für den reinen Werkvertrag (die Anfertigung aus fremdem Stoff) allein passende Bestimmungen getroffen sind[12]). Vor Allem ist auf diese Art dafür gesorgt,

10) Und zwar auch wenn die Sache nur nach der Absicht der Parteien in concreto (also für ihr Verhältniß zu einander) als eine individuell bestimmte in Betracht kommen soll. Dadurch können sie die allgemeine Anwendbarkeit des Kaufrechts (s. oben) für ihr Verhältniß nach Belieben ausschließen. Ob das geschehen, ist im Einzelfalle durch Auslegung des Vertrags festzustellen. Nicht selten ist ein Anhaltspunkt, daß gewisse Direktiven für die Anfertigung gegeben sind, die zwar die Sache nicht im Sinne des Verkehrs zu einer individuellen, aber doch zu einer weniger leicht verkäuflichen machen, als sie sonst sein würde.

11) Es ist geradezu unnatürlich, diesen wirthschaftlichen Unterschied vom Kauf zu unterdrücken und die Vorschrift, daß der Besteller hier die Gefahr erst nach der Billigung bezw. Abnahme der angefertigten Sache trage, auf eine Klausel des Verkaufs: Bedingung der Billigung (Windscheid, Pand. II § 401 Anm. 14) zurückzuführen.

12) Es ist das in § 651 nur insofern ungeschickt ausgedrückt,

daß Mangelhaftigkeit des Werkes dem Besteller kein Recht zur Wandelung, Minderung oder auf Schadensersatz gibt, bevor der Unternehmer, der das Werk gefertigt, auch Gelegenheit gewonnen hat, den Mangel zu beseitigen, also das Werk nachträglich zu verbessern[13]). Der Besteller kann das Werk sistiren, bevor es völlig (vertragsmäßig) hergestellt ist; er ist nicht wie ein Käufer schlechthin zur Abnahme gezwungen[14]). Verspätung der Anfertigung gibt dem Besteller das im Werkvertrage vorgesehene besondere Rücktrittsrecht[15]). Von einer Gefahrtragung des Bestellers kann erst mit der Abnahme oder dem Annahmeverzuge des Bestellers die Rede sein[16]) 2c.

Die hier in Rede stehenden Verträge sind also Werkverträge, aber Werkverträge besonderer Art, bei denen nämlich ein Austausch gegenseitiger Leistungen durch wechselseitige Uebereignungsakte stattfindet, und welche daher mehr oder minder den Kaufregeln unterstehen. Damit scheiden sie aber auch für die partiarische Gestaltung aus. Denn wer aus eigenem Stoffe eine Sache liefert, der braucht sich keinen Antheil an derselben als Entgelt der Anfertigung versprechen zu lassen, um sie gegen dieses Entgelt

---

als — statt zu sagen: es gelten im Allgemeinen die Regeln des Werkvertrags mit Ausnahme gewisser (namhaft zu machender) Bestimmungen, an deren Stelle die Vorschriften des Kaufes treten — umgekehrt vom Kaufrecht ausgehend, zahlreiche Sätze desselben für unanwendbar und durch die Vorschriften des Werkvertrags ersetzt erklärt werden, wovon man dann noch wieder eine Ausnahme nach rückwärts machen mußte, da das gesetzliche Pfandrecht des Unternehmers doch nicht an einem Stoff bestehen kann, welcher ihm selbst gehört.

13) Vgl. §§ 633 ff. BGB an Stelle der §§ 459 ff., 462—464, 477—479.

14) S. §§ 640, 649 an Stelle des § 433 BGB.

15) § 636 BGB. Auch ohne Rücksicht auf Verzug des Unternehmers.

16) S. § 644 u. f. w. an Stelle der Kaufregeln: § 446 Abs. 1 Satz 1 u. § 447.

herzugeben. Da kann er sie besser ohne jeden Kontraktschluß ganz behalten, weil ihm sowohl die Materialien als das lucrum aus seiner Thätigkeit gehören. Schließt er dennoch einen solchen Vertrag ab, so muß das andere Gründe haben, indem ihm der Besteller etwas Anderes liefert als den Stoff; sodaß er also dennoch in anderer Weise durch Kapitalgewährung dem Arbeiter die Herstellung des Werks ermöglicht[17]). So z. B. indem er ihm das Lokal zur Arbeit oder die nöthigen Werkzeuge oder sonstige Beihülfe zu seiner Thätigkeit (physische oder technische Hülfskräfte) zur Verfügung stellt und dgl. mehr. Dann aber befinden wir uns nicht mehr auf dem unverfälschten Boden des § 651 BGB, sondern der Vertrag hat einen gemischten Charakter, kann in jede der vorbesprochenen Kategorien fallen und insofern auch wieder partiarisch sein. Der reine Werkvertrag mit Lieferung des Stoffes durch den Arbeiter hingegen, welcher in Ansehung des Werklohns jedenfalls nach Kaufgrundsätzen zu beurtheilen ist, wäre in Ermangelung eines Geldpreises insoweit Tausch[18]), also ein einfaches Umsatzgeschäft, bei welchem die liefernde Partei für ihre Vertragsleistung ohne sonstiges Aequivalent mit einem Theile der eigenen Leistung selbst bezahlt würde. Das aber ist nicht nur nach römischem Recht[19]), sondern allgemein begrifflich unmöglich[20]).

---

17) Denn ohne diese kein partiarischer Kontrakt. Vgl. oben §§ 1 u. 3 und das in § 21 (nach Note 12) über den Umsatz von Kapital und Arbeitswerthen Gesagte.

18) Der § 460 der I. Lesung des BGB, der dies ausdrücklich aussprach, ist zwar gestrichen worden, aber nur wegen der Selbstverständlichkeit und praktischen Belanglosigkeit der Bestimmung, da der Tausch im Allgemeinen den Kaufregeln folgt. S. § 515 BGB u. die Prot. II. Lesung S. 1716.

19) Vgl. l. 13 § 1 Dig. de praescr. verb. (19, 5).

20) Vgl. § 515 BGB, wonach auf den Tausch die Vorschriften des Kaufs entsprechende Anwendung finden, d. h. mit Rücksicht auf das, was jede der Parteien zu liefern hat. Danach ist jeder Theil

V. Rechte und Pflichten der Parteien.

1. Allgemeine Verpflichtungen des Unternehmers.

§ 40.

Obschon die Rechte und Pflichten der Parteien im Werkvertrag an sich ein weites Feld der Betrachtung eröffnen, so können wir uns hier gleichwohl verhältnißmäßig kurz darüber fassen, weil einmal nur diejenigen Pflichten hervorzuheben sind, die dem Quotalverhältniß eigenthümlich sind, andererseits manche auf dem Gebiet des Dienstvertrags gewonnene Resultate sich auch hier bis zu gewissem Grad verwerthen lassen. Mitunter freilich wird sich zeigen, daß der verschiedene Zweck des Dienst- und Werkvertrages auch in unserer Lehre zu abweichenden Ergebnissen führt.

Die Besonderheiten des partiarischen Kontraktes hängen wesentlich zusammen mit der Eigenthümlichkeit der Lohnzahlung, welche hier in einer Quote des Arbeitsproduktes selbst besteht. Daraus ergibt sich, daß im Allgemeinen die Verpflichtungen des Unternehmers weniger davon berührt werden. Das ist für uns von ganz besonderer Bedeutung, weil diese Leistungen je nach der Art des Werkes so verschiedenartig sind, wie möglich. Ein ganzer Theil von Unternehmungen ist zudem durch die Spezialgesetzgebung geregelt, und nur dadurch vermindert sich die Zahl der hier einschlägigen Kontrakte, daß bei manchen, sei es nach der Natur der Leistung oder den Gepflogenheiten des ausführenden Theils, die partiarische Gestaltung nicht üblich oder ausgeschlossen ist. So finden z. B. das Eisenbahnfrachtgeschäft und die postalische Beförderung nicht gegen Quotenleistung statt; und selbst von den im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Verträgen fallen für uns diejenigen aus, bei welchen

in Ansehung seiner Leistung wie ein Verkäufer zu beurtheilen. Folglich hat (arg. § 433) beim Tausche jeder Theil dem andern seine Sache zu übergeben und das Eigenthum daran zu verschaffen. Was letzterer nun schon hat, kann ihm der Andere nicht schulden.

ein Werk aus eigenem Stoff des Unternehmers herzustellen ist (§ 39). — An dieser Stelle ist also im Allgemeinen nur darauf hinzuweisen, daß der Unternehmer das Werk *vertragsmäßig* herzustellen hat[1]), wobei die Beurtheilung der Vertragsmäßigkeit der richtigen Auslegung der Parteivereinbarung im Einzelfalle vorbehalten bleibt. Vor Allem hat der Unternehmer *fehlerlos* zu liefern. Er ist verpflichtet, das Werk so herzustellen, daß es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, welche den Werth oder die Tauglichkeit des Werks zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern (§ 633 Abs. 1). Das ist dieselbe Formulirung wie diejenige der Gewährsmängel beim Kaufvertrage (vgl. § 459 BGB). Ich habe diese Fassung seinerzeit bekämpft[2]), bin aber jetzt zu einer milderen Beurtheilung geneigt. Mein Standpunkt ist sachlich derselbe; ich glaube aber, daß die Fassung des Gesetzes auch mit der richtigen Auffassung vereinbar ist. Danach ist aller Nachdruck auf die Worte: „*nach dem Vertrage* vorausgesetzt" zu legen. Die subjektiven Voraussetzungen und Erwartungen des Gegners gehen weder den Verkäufer noch den Unternehmer bei der Werkverdingung etwas an[3]); die Kategorie der „Voraussetzung", wie *Windscheid* sie verfocht, ist und bleibt abgethan. Sie hat die Fassung des Gesetzes beeinflußt, doch ist die Quintessenz nicht in den Text mit eingedrungen. Denn diese besteht gerade darin, daß Voraussetzungen, die nur der *eine* Theil bei dem Vertragsschlusse gehegt hat und die sich, ohne ausgesprochen zu sein, lediglich aus den begleitenden Umständen von seiner Seite als ge-

1) Er haftet nach allgemeinen Grundsätzen für culpa levis. S. §§ 275 ff. BGB.

2) Vgl. *Crome*, Die Gewährleistung wegen Abwesenheit vorausgesetzter Vorzüge der veräußerten Sache i. Archiv für civ. Praxis Bd. 78 S. 122.

3) Zustimmend *Dernburg*, Pandekten II § 100 Anm. 10.

wollt ergeben, schon dann relevant werden sollen, wenn sie dem andern Theile in diesem Augenblick erkennbar hervorgetreten sind[4]). Da schlug in dem vorliegenden Falle in der That die Mängelhaftung in eine Haftung für vom Gegner vorausgesetzte Vorzüge des Vertragsobjektes um und führte zu Ergebnissen, deren Gefährlichkeit mir von berufener Stelle allseitig zugegeben wurde. Dagegen gebe ich Lenel[5]) vollkommen Recht, daß der Käufer oder Besteller unter Umständen gewisse Eigenschaften der Sache auch ohne besondere Zusage (dicta et promissa) ganz ebenso erwarten darf, wie die Abwesenheit gewisser Fehler. Nur müssen wir uns über die Grundlage des Anspruchs und die Art der Eigenschaften verständigen. Wenn Jemand, wie Lenel ausführt, in einem Goldschmiedladen für theuern, wirklichem Gold entsprechenden Preis einen scheinbar goldenen Gegenstand kauft, der sich nachher als nur vergoldet ausweist, so würde zur Begründung der Klage wider den Verkäufer nicht der Nachweis des Irrthums gehören, vielmehr nur der Nachweis der Umstände erforderlich sein, die den Käufer zu der Annahme Gold zu kaufen berechtigten. Das gebe ich zu. Aber handelt es sich dabei um einen Vorzug des Gegenstandes, daß er

4) Vgl. Windscheid, Die Lehre von der Voraussetzung (1850) Nr. 71 ff.; Pandekten I § 98 zu N. 4—5; vgl. § 78 zu N. 1—2; endlich die Voraussetzung i. Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 78 S. 161.

5) Lenel, Nochmals die Lehre von der Voraussetzung im Archiv für civ. Praxis Bd. 79 bes. S. 103—105. Dort heißt es: Schon das war eine Inkonsequenz der Römer (in der ihnen der Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs . . . folgt), daß sie den Verkäufer zwar für vorhandene Mängel unbedingt, dagegen für das Fehlen von Vorzügen nur kraft besonderer Zusage (dicta et promissa) einstehen ließen . . . Ich glaube, wir bleiben durchaus im Geiste des römischen Rechts, wenn wir hier über das römische Recht hinausgehen, stillschweigende dicta et promissa anerkennen. — Ich kann dieser Konstruktion nicht beistimmen und freue mich, daß auch das Bürgerliche Gesetzbuch ihr nicht gefolgt ist. Sachlich besteht, wie aus dem Text ersichtlich, zwischen Lenel und mir kaum eine Differenz.

von Gold ist? Ist es ein Vorzug eines silbernen Löffels, daß er von Silber, und nicht etwa, wie er doch auch sein könnte, von Christofle ist? Wäre das ein Vorzug, dann wäre es ebenfalls ein Vorzug des christoflenen Löffels, daß er nicht von Blei, — des bleiernen, daß er nicht von Horn, — des hörnernen, daß er nicht von Holz ist oder wer weiß aus was sonst noch für einem Material (Knochen oder Muschel) besteht. Warum soll ich von einem Porzellanteller essen, da es doch geradesogut von einem irdenen, vielleicht auch gar aus einer Scherbe geht, bis wir allmählich auf dem Standpunkt des Diogenes ankommen, der als Haus nur eines leeren Fasses und zum Trinken nicht einmal der Scherbe mehr bedurfte. Der richtige Standpunkt der Betrachtung ist es also, auf den es ankommt, wonach man sagen kann, der gekaufte oder bestellte Gegenstand sei mangelhaft. Was von dem einen Standpunkt aus Mängel sind, sind von einem anderen vielleicht noch Vorzüge. Ich pflege mit silbernen Löffeln zu essen, der Fürst X. vielleicht mit goldenen, der Tagelöhner Y mit einem zinnernen. Bekomme ich für gutes Geld in einem Silberladen statt des Silberlöffels einen solchen von Zinn, so fühle ich mich beschwert, während der Tagelöhner, der für sein Geld in der gewohnten Sphäre ganz denselben Löffel kauft, es noch für einen Vorzug ansieht, daß er nicht von Blei ist. Der hier gemeinte Standpunkt aber ist durchaus nichts Subjektives wie die Voraussetzung. Nicht ich allein bin es, der sich beschwert fühlt, daß ich in jenem Fall den zinnernen Löffel statt des silbernen bekommen habe, sondern Jedermann wird mich für beschwert halten, welcher die näheren Umstände erfährt; subjektive Erwartungen, Voraussetzungen und Meinungen kommen gar nicht in Betracht, sondern es entscheidet die objektive Vertragsbasis, auf welcher ich und mein Gegner standen, als wir kontrahirten, und welche durch die allgemeine Verkehrsauf-

fassung bezeichnet wird[6]). Von diesem Standpunkt aus ergibt sich das stillschweigend Selbstverständliche, auf das auch Lenel kommt — das also, weil es selbstverständlich ist, dem ausdrücklich Erklärten gleichsteht. Es ist nicht etwas blos von einer Seite Vorausgesetztes und dem Gegner Erkennbares, sondern wirklicher, stillschweigender, und darum beide Parteien gleichmäßig angehender Vertragsinhalt. Somit handelt es sich beim Fehlen der erwähnten selbstverständlichen Eigenschaften auch unzweifelhaft um Mängel des Vertragsgegenstandes. Es ist kein stillschweigendes dictum et promissum des Juweliers, daß ich bei ihm auch wirklich silberne Löffel kaufe; sowenig wie es eine stillschweigende Zusage des Posamentirers ist, daß ich bei ihm auch wirklich Garn statt Draht, oder des Schreibwaarenhändlers, daß ich bei ihm einen Krug mit Dinte statt mit Bitterwasser, oder daß ich beim Fleischer statt der Wurst eine mit Chokolade gefüllte Atrappe kaufe, wenn ich auch, ohne was zu sagen, einfach den Gegenstand nehme und bezahle. Hier ist mein Irrthum offenbar; ich habe offensichtlich einen ganz anderen Gegenstand erhalten als ich wollte, obschon ich möglicherweise die Wurst sogut wie die Atrappe (z. B. ad pompam: zur Tischverzierung), den Draht sogut wie Bindfaden zum Festbinden benutzen kann. Das darf mir aber der Lieferant nicht einwenden, weil nach Verkehrsgrundsätzen

6) Auch sonst im Recht ist dieser Standpunkt für die Beurtheilung der Willensintention der Parteien und demnach für den Inhalt des Vertrages maßgebend. Wenn es z. B. in § 243 BGB heißt, daß bei Genusschulden eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten ist, so empfängt diese Bestimmung bei Vertragsobligationen doch durch den hier erwähnten objektiven Standpunkt der Parteien beim Vertragsschluß ihren näheren Inhalt. Denn was ist beispielsweise beim Pferdekauf ein Pferd von mittlerer Art und Güte? Es wird ein großer Unterschied sein, ob ein Offizier oder ein Droschkenkutscher der Käufer ist. Vgl. auch Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte (1897), insbes. S. 83 (Auslegung stillschweigender Willenserklärungen) u. S. 163 (Verkehrssitte).

selbstverständlich ist, daß ich beim Fleischer, Posamentirer, und ebenso denn auch beim Juwelier nur einen Gegenstand erwerben will, wie sie gemeiniglich bei ihm zu finden sind. Es ist also auch der gekaufte oder angefertigte unechte Silberlöffel oder Goldschmuck, den ich mit dem Preise echter Waare bezahlt habe, entweder ein *ganz anderer Gegenstand*, als ich erwerben wollte (error in corpore) — ein Fall, der weiter hier bei Seite bleiben kann — oder es liegt ein *Mangel* vor, weil der Vertrag unter den obwaltenden Umständen nach der Verkehrsauffassung nur über einen aus Edelmetall gefertigten Gegenstand geschlossen wurde. Es hieße die natürliche Auffassung verkennen, hierbei von einem stillschweigend zugesagten Vorzug des Vertragsobjekts zu reden, weil es auch bleierne Löffel und kupferne Schmucksachen gibt. Sonst gäbe es in dieser schönsten aller Welten bald nur noch Vorzüge, da sich bei Allem in der Regel wohl noch etwas Schlechteres denken läßt.

Freilich geht die Bestimmung des § 459 über dieses objektive Kriterium noch um ein Stück hinaus. Nicht blos das im Verkehr stillschweigend Selbstverständliche, sondern auch die *subjektiven Intentionen* des Erwerbers oder des Bestellers der Sache sollen dann relevant werden (also im Fall der Nichtverwirklichung einen Gewährleistungsanspruch begründen können), wenn das Fehlen der betr. Eigenschaften den Werth oder die Tauglichkeit der Sache zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauche aufhebt oder (nicht unerheblich) mindert. Man wird also nicht darauf verzichten können, auch diese subjektiven Intentionen der Parteien in den Kreis der Betrachtung zu ziehen. Es handelt sich dem Vorigen gegenüber um einen graduellen Unterschied. Denn vielfach generalisirt schon der Verkehr hinreichend die Parteiabsicht, sodaß das subjektive Kriterium durch ein objektives (durch die allgemeine Verkehrsauffassung

bedingtes) ersetzt wird (wie z. B. im Fall der Note 6). Indessen reicht das doch nicht für alle Fälle hin, denn die Menschen sind eben keine Schablonen. Es gibt also Gebrauchszwecke, die man anerkennen muß, ohne daß sie durch die Natur der Sache oder die Verkehrsauffassung direkt bezeichnet werden. Damit sie aber in Betracht kommen, sodaß aus der Nichteignung der Sache für den Zweck ein Anspruch gegen den Lieferanten hergeleitet werden kann, genügt nicht eine dem letzteren erkennbare Voraussetzung des Erwerbers, z. B. die geäußerte Erwartung, daß sich die Sache für den betreffenden Gebrauch passend und tauglich erweisen werde, sondern nur eine dahin gehende ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkunft der Parteien im Vertrage[7]). Es kommt m. a. W. darauf an, daß die Sache nach dem Vertrag zu irgend einem ausgesprochenen Zwecke (als Mittel[8]), oder als besonderer Charakter einer allgemeinern Art, der nicht schon nach der Natur oder der gewöhnlichen Verkehrsauffassung in deren Wesen liegt) gekauft oder erworben worden ist[9]). Hier wird also der Standpunkt des Vertrages, von welchem aus an seine Auslegung heranzutreten ist, durch

7) Sonst wäre der Liefernde einem redseligen Käufer oder Besteller gegenüber meistens schutzlos. Dernburg, Pand. II § 101 Note 10.

8) Die in Rede stehende Steigerung des allgemeinen Vertragsstandpunktes bezieht sich nur auf den Gebrauch der Sache durch den Käufer oder Besteller.

9) Z. B. Krankenwein, ein Bergpferd. Meist ergibt sich die Eignung zum subjektiven Gebrauch aus den individuellen Bedürfnissen des Bestellers. Darauf, daß die Sache nach dem Vertrage diesen Bedürfnissen genügen soll, beruht die Unterscheidung von den rechtsunerheblichen subjektiven Voraussetzungen — ganz ebenso, wie sich Bedingung und Modus von letzteren unterscheiden. Z. B. eine Kuh kann sowohl zur Nachzucht, Gewinnung von Kälbern, als zu Milchzwecken, zur Landwirthschaft (zum Ziehen), als auch zum Schlachten gekauft sein und muß danach verschiedene Eigenschaften haben. Es handelt sich dabei um mehr als bloße Voraussetzungen des Käufers.

den übereinstimmenden Willen der Parteien über das Schablonenmäßige der allgemeinen Verkehrsauffassung hinausgehoben, und von dieser gewollten anderweitigen Basis aus ist er auch von dem Richter zu beurtheilen. Mit seinen danach entsprechend gesteigerten Ansprüchen an die Sache macht der Erwerber hier also gleichfalls nur den Vertragsinhalt (nicht die Abwesenheit vorausgesetzter Vorzüge der Sache) geltend. Vielmehr, was für gewöhnlich Vorzüge wären, ist auf der so erhöhten Basis die dem Vertrag entsprechende, normale Eigenschaft der Sache; ihr Fehlen im Sinne des Gesetzes also wiederum ein Mangel. So kommt es, daß in § 459 Abs. 1 überhaupt von gar nichts Anderem als von Mängeln die Rede ist.

Ganz etwas Anderes sind dagegen die dicta et promissa (§ 459 Abs. 2). Hier bleibt die allgemeine Basis des Vertrages unverändert — eine Steigerung über das objektive, verkehrsgewöhnliche Niveau als solches tritt nicht ein. Dagegen werden vom Verkäufer oder dem Verfertiger bestimmte Eigenschaften des Gegenstandes zugesichert, was nicht anders als ausdrücklich geschehen kann; und diese Eigenschaften können nach jeder denkbaren Richtung hin liegen, sie brauchen sich nicht blos auf den Gebrauch der Sache durch den Besteller oder Käufer zu beziehen. Hier handelt es sich um die Zusicherung von Vorzügen, also um Eigenschaften, welche die Sache über das Maß der nach dem allgemeinen Vertragsinhalt zu beurtheilenden normalen Güte emporheben, oder um Zusicherung der Abwesenheit gewisser Mängel. Entscheidend für den mit den dicta et promissa verbundenen juristischen Effekt ist überhaupt die Zusicherung. Auf Grund derselben geht die Haftung des Veräußerers hier weiter, als in den obigen Fällen der rein gesetzlichen Haftung für einen dem Vertrag entsprechenden Zustand der Sache (vgl. z. B. §§ 460, 463, 468, 477, 480).

Das Bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet nicht mehr in der alten Weise zwischen blos zugesagten und garantirten Eigenschaften[10]), weil diese Unterscheidung im heutigen praktischen Leben nicht mehr durchführbar ist. Vielmehr wird jedes dictum et promissum[11]) als Garantieversprechen aufgefaßt. Der Käufer oder der Besteller der Sache darf dieser Garantie vertrauen, wo er sich sonst die Sache selbst ansehen müßte und in Ermangelung dessen bei späterer Mängelrüge den Einwand zu gewärtigen hätte, daß er sich den erlittenen Nachtheil durch grobe Unaufmerksamkeit selbst zuzuschreiben habe. Auch wird in den citirten Vorschriften das Fehlen solcher garantirten Eigenschaften dem arglistigen Verschweigen der schon kraft Gesetzes relevanten Mängel im Allgemeinen gleichgestellt[12]).

§ 41.

Die Eigenthümlichkeit des Werkvertrags gegenüber dem Kaufe liegt nun darin, daß hier das Fehlen der besprochenen Eigenschaften des Vertragsgegenstandes dem Besteller nicht sofort ein Recht auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz[1]), sondern zunächst nur einen Anspruch auf Beseitigung des Mangels gibt (§ 633). Denn vielfach wird der Unternehmer, welcher die Herstellung des Werks versprach, auch zur Beseitigung der dabei untergelaufenen Fehler fähig

10) Dernburg, Pandekten II § 100 bei Note 7.

11) Soweit es ernst gemeint ist. Marktschreierische Anpreisungen sind und bleiben unbeachtet, da sie ohne Prätention der Glaubwürdigkeit auftreten.

12) Auch die Erheblichkeit der Differenz des wirklichen von dem garantirten Zustand der Sache wird hier nicht wie in § 459 Abs. 1 als besondere Voraussetzung des Gewährleistungsanspruchs aufgestellt. Immerhin wird man nicht schablonenhaft die kleinste Differenz urgiren können. Die Unterscheidung ist cum grano salis zu verstehen und empfängt aus allgemeinen Grundsätzen (vgl. §§ 226, 242) ihre nähere Bestimmung. Für den Werkvertrag s. noch besonders § 634 Abs. 3.

1) Vgl. §§ 462 ff. beim Kaufe.

und gewillt sein. Daher hat er ein Recht darauf, zunächst zu dieser Ausbesserung zugelassen zu werden; es sei denn, daß sie nach der Art des Werks unmöglich, vom Unternehmer verweigert[2]) oder für den Besteller interesselos ist[3]). Umgekehrt ist auch der Unternehmer zu der Verbesserung verpflichtet[4]), weil er fehlerfreies Werk zu liefern versprach, und kann dazu gezwungen resp. darauf in Verzug gesetzt werden, mit der Folge, daß bei Renitenz der Besteller selbst die Ausbesserung bewirken und dem Unternehmer die Kosten auferlegen lassen kann. Nur wenn die Ausbesserung einen unverhältnißmäßigen Aufwand erfordert, kann er sie nicht verlangen (§ 633 Abs. 2 und 3).

Auch hier ist alle Fehlerlosigkeit nur relativ zu verstehen. Zu der allgemeinen, stillschweigend selbstverständlichen oder im Sinne des Vertrages liegenden, tritt die besondere, den speziellen Anweisungen des Bestellers und den Zusicherungen des Unternehmers entsprechende. Freilich muß hier der Unternehmer den Weisungen des andern Theils nicht selten sein Sachverständniß entgegensetzen, wenn die Bethätigung desselben von ihm verlangt oder nach dem Vertrage voraus-

2) Hat der Unternehmer die Ausbesserung verweigert, so kann auch der Besteller von ihr absehen und sofort auf Wandelung oder Minderung ꝛc. klagen. § 634 Abs. 2 (s. übrigens auch Abs. 3). Alles das ist hier nur anzudeuten. Wegen der Verjährung der Ansprüche vgl. § 638 ff.

3) Wenn die sofortige Geltendmachung der Wandelungs- oder Minderungsklage durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird. — Ueber die Fristbestimmung, wenn die im Text genannten Ausnahmen nicht vorliegen, s. § 634 Abs. 1. Die Frist muß angemessen sein: ein Punkt, worüber im Nothfall das Gericht entscheidet. Sodann muß die Festsetzung der Frist die besondere Erklärung enthalten, daß man nach Ablauf der Frist die Ausbesserung oder sonstige Beseitigung des Mangels ablehne. Diese Erklärung ist für den Fristsetzenden selbst bindend. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist kann also nur noch auf Wandelung oder Minderung, aber nicht mehr auf Beseitigung des Mangels geklagt werden.

4) S. jedoch Anm. 2.

gesetzt werden darf. Denn Arbeiten, die man nicht versteht, soll man nach allgemeinem Verkehrsgrundsatz nicht übernehmen. Der Ausführende hat also hier nicht blindlings den Wünschen des Bestellers nachzukommen; um so weniger als keinerlei persönliches Unterordnungsverhältniß zwischen den Parteien besteht. Im Gegentheil die Außerachtlassung der nöthigen Prüfung kann eine culpa des Unternehmers in sich schließen, die ihn nach allgemeinen Grundsätzen schadensersatzpflichtig macht[5]). Betrifft das Werk eine Geschäftsbesorgung, so ist ausdrücklich vorgesehen, daß der Uebernehmer, obschon auch er im Allgemeinen nach den Weisungen des Geschäftsherrn zu verfahren hat, doch von denselben abgehen kann, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Geschäftsherr bei gehöriger Kenntniß der Umstände die Abweichung selbst billigen würde (§§ 665 jcto 675). Diese Beurtheilung erfolgt vom Standpunkt des Geschäftsbesorgers, und zwar unter dem Gesichtspunkt, ob derselbe die Interessen seines Auftraggebers pflichtmäßig wahrgenommen hat. Denn dazu ist er nach dem Inhalt des Vertrags verpflichtet und haftet für sorgfältige Ausführung in diesem Sinne (§ 276)[6]). Zur Vermeidung von Zweifeln über den Umfang der bei Abweichung von den ertheilten Weisungen verkehrsmäßig erforderlichen Sorgfalt ist hier noch vorgeschrieben, daß der Ausführende dem Auftraggeber vor der Abweichung Anzeige zu machen und seine Entschließung abzuwarten hat, soweit dies möglich,

5) S. auch § 645: „Ist das Werk . . . in Folge eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffes oder in Folge einer von dem Besteller für die Ausführung ertheilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden, ohne daß ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat . . ." Der Unternehmer hat auch zu prüfen, ob der Stoff sich zu dem Werke eignet.

6) Wegen der Rechenschaftspflicht des Unternehmers im Falle der Geschäftsbesorgung s. noch unten § 48 i. f.

d. h. nicht Gefahr mit einem Aufschube verbunden ist (§ 665 i. f.).

Ferner hat der Unternehmer auch rechtzeitig zu liefern (§ 636). Die Verspätung wird im Allgemeinen einem Mangel des Werkes gleich geachtet. Der Unternehmer haftet also für Verspätung ohne Rücksicht auf ein dabei mit unterlaufenes Verschulden und ohne daß er in dieser Hinsicht einen casus übernommen hat, also ohne Rücksicht auf Verzug (§ 285). Im Falle des Verschuldens bleiben die besonderen Rechte des Bestellers auf Schadensersatz 2c. unberührt. Sonst aber hat er nur ein Rücktrittsrecht von dem Vertrage unter den Voraussetzungen, unter welchen auch wegen Mängel die Wandelung beim Werkvertrage statthaft ist. Also vor Allem, daß es sich nicht um eine gar zu unerhebliche Zeitdifferenz handelt (vgl. § 634 Abs. 3). Solch minimale Abweichung wird nur beim Fixgeschäfte relevant (§ 361). Dann aber muß hier wieder der Besteller dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Nachholung der Leistung setzen[7]); es sei denn daß die Nachholung unmöglich, vom Unternehmer verweigert oder für den Besteller ohne Interesse ist[8]) (§ 634 Abs. 1—2). Die Wirkungen des Rücktrittsrechtes differiren in manchen Punkten von der Wandelung und richten sich nach § 327 resp. den hiernach maßgebenden, für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht getroffenen Bestimmungen[9]) (§§ 346—356). Sofern der Rücktritt nicht wegen eines vom Unternehmer zu vertretenden Umstands der Verspätung erfolgt, mit der besonderen Maßgabe, daß der Unternehmer das seinerseits Empfangene

7) Nach fruchtlosem Ablauf derselben ist der Rücktritt vollzogen. Es kann also nicht mehr auf Nachleistung geklagt werden. Vgl. § 634 Abs. 1, § 636.

8) Vgl. dazu oben Anm. 3.

9) Dieselben sind hier sowenig wie das Recht der Wandelung oder Minderung darzustellen.

(den Stoff) nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzugeben hat[10]).

2. Persönliche Ausführung des Werkes.

§ 42.

Zu der vertragsmäßigen Ausführung des Werks gehört nicht immer die persönliche Ausführung durch den Unternehmer. Eine dem § 613 entsprechende Vorschrift fehlt hier, und zwar aus gutem Grunde[1]). Gleichwohl ist bei dem Partiarkontrakte die persönliche Ausführung des Werkes durch den Unternehmer meist gewollt. Denn die Gewährung eines Arbeitsantheils hat, wie wir sahen, den Hauptzweck, den Unternehmer zu besonders hervorragenden Leistungen anzuspornen, ja erfolgt nicht selten intuitu personae, so daß die Vertretung des Arbeiters durch einen Dritten, an welchen jener das Werk unter anderen, manchmal nicht so günstigen Bedingungen weiter vergibt, den wohlverstandenen Interessen des Bestellers widerspricht. Nur wo die Qualität des Werks durch den Personenwechsel nicht beeinträchtigt wird und der Wechsel sonst dem Besteller gleichgültig sein kann[2]), ist auch der partiarische Unternehmer zu

10) Anders im Fall der mora. S. oben.

1) Der Unternehmer hat ein Arbeitsresultat, aber nicht immer nothwendig seine Arbeit versprochen. Vgl. l. 48 pr. Dig. locati (19, 2) u. Dernburg, Pand. II § 113 Anm. 14. Freilich wird gerade im Fall des partiarischen Kontrakts die Auslegung vielfach zu einem dem § 613 entsprechenden Ergebniß führen.

2) Das hängt natürlich ganz von den Umständen ab. Z. B. einem Künstler ist es nicht gleichgültig, mit welchem Impresario er reist. Arbeiten, die ein besonderes Sach- oder Kunstverständniß voraussetzen, sollen sicherlich nur von Demjenigen ausgeführt werden, dem sie der Besteller übertragen hat. Die Uebertragung ist selbst dann Vertrauenssache, wenn die Ausführung durch einen Anderen sich nicht schon von selbst verbietet. Ergibt sich also die Verpflichtung zur persönlichen Ausführung nicht schon als selbstverständlich aus der Natur der Arbeit, so folgt sie doch sehr häufig als stillschweigend gewollt aus den begleitenden Umständen und insbesondere auch aus der partiarischen Lohnform.

einer einseitigen Weitervergebung der Ausführung des Werks befugt, die sich zuweilen umgekehrt sogar so sehr von selbst versteht, daß sie als stillschweigend gewollt bezw. vom Besteller zugestanden angesehen werden muß. So insbesondere, wenn die persönliche Ausführung des Werkes durch den Unternehmer einen Orts- oder Betriebswechsel des letzteren voraussetzen würde, welcher nach den Umständen des Falles und unter Beobachtung der Regeln des Verkehrs nicht zu erwarten ist. Hauptbeispiel dieser Art sind die Beförderungskontrakte. Hier kann auch der partiarische Abschluß den Besteller nicht darüber täuschen, daß der Frachtführer, wenn er seinem ganzen Geschäftsbetriebe nach die Versendung nur in örtlich beschränkten Grenzen (z. B. zu Lande oder auf Binnengewässern) unternimmt, sie auch in diesem Fall nur ebenso, nicht ohne Weiteres bis zum Bestimmungsorte übernommen habe. Darauf ist der Frachtführer meistens gar nicht eingerichtet, und der Besteller kann nicht von ihm erwarten, daß er, blos um in einem einzelnen Fall die Quote zu verdienen, seine Karren oder Saumthiere mit Nachen oder Flößen, seine Flußschiffe mit Seeschiffen vertauschen werde. Vielmehr versteht sich hier von selbst, daß der Unternehmer die Beförderung nur innerhalb seines eigenen örtlich begrenzten Gebietes übernimmt, um sie alsdann einem anderen Unternehmer als seinem Substituten anzuvertrauen. Aehnlich wird auch der Unternehmer einer Ausstellung von Werthobjekten (z. B. von Gemälden) der Regel nach nicht selbst in alle Städte reisen, in welche er die Gegenstände zur Besichtigung verschickt, sondern er wird die Ausstellung an anderen Orten vielfach durch andere Unternehmer gleichen Genres, die daselbst stationirt sind, besorgen lassen, also das Werk weitervergeben. Die partiarische Gestaltung des Kontraktes wird an diesen in der Natur der Sache selbst begründeten Verhältnissen wenig ändern.

Soweit die Substitution hiernach gestattet ist, erhebt sich

die wichtige Frage nach der Haftung des Unternehmers für den Substituten. Es ist dabei wohl zwischen der Haftung für Gehülfen und einen wirklichen Ersatzmann zu unterscheiden. Für den Gehülfen haftet der Unternehmer heutzutage nach der allgemeinen Vorschrift des § 278 BGB absolut; also nicht blos bei culpa in eligendo, was hier ja auch der herrschenden Ansicht des römischen Rechts entspricht[3]). Der Satz rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß der Unternehmer hier selbst erfüllt und dabei nach allgemeinen Verkehrsgrundsätzen auf seine Gefahr handelt, insofern er sich bei der Bewirkung seiner Leistung der Hülfe fremder Kräfte bedient. Soweit der Unternehmer sich dagegen einen Ersatzmann stellen kann, geschieht dies zur selbständigen Ausführung des Werks durch diesen; und daraus folgt unmittelbar, daß der ursprüngliche Unternehmer, insofern er von dieser kontraktlichen Befugniß Gebrauch macht, seinen eigenen Vertragsverpflichtungen Genüge geleistet, also erfüllt hat. Freilich gehört zur Erfüllung wie überall Beobachtung der nach dem Vertrag erforderlichen Sorgfalt: also Auswahl einer geeigneten Person und unter Umständen die Ertheilung der nöthigen Instruktionen für die Weiterführung des Werkes oder gar eine gewisse Oberaufsicht. Aber diese Haftung hält sich doch immerhin in den Grenzen der Verantwortlichkeit für eigene culpa (in eligendo oder custodiendo) des Unternehmers, sofern nur (namentlich in Ansehung der letzteren) die Möglichkeit einer Verletzung vorliegt. So hat der Frachtführer unzweifelhaft einen geeigneten Nachmann auszusuchen, kann demselben aber für eine anderweitige Transportart (z. B. zu Wasser statt zu Lande) wohl selten mehr als eine allgemeine, sich auf die Beschaffenheit des Guts beziehende

3) Vgl. l. 25 § 7 Dig. locati (19, 2). Entsch. d. ROHG Bd. 12 S. 73, Bd. 13 S. 77 u. d. RG Bd. 10 S. 165, Bd. 23 S. 91. S. auch Bd. 33 S. 169. Dernburg, Pand. II § 38 N. 8.

Direktive ertheilen; wogegen der Ausstellungsunternehmer sich nicht nur an verschiedenen Plätzen mit geeigneten Firmen in Verbindung zu setzen, sondern nicht selten auch die Art der Ausstellung genauer auszumachen und eventuell zu überwachen hat. In Ermangelung dessen ist er in culpa. In weiterem Umfang dagegen haftet er für den Substituten nicht. Das entspricht zwar nicht der Regelung der Sachmiethe[4]), wo, wie wir sahen, der Miether auch bei erlaubter sublocatio für das Verschulden des Untermiethers einsteht, trägt aber den allgemeinen Grundsätzen der inneren Verschiedenheit von Sach- und Arbeitsmiethe Rechnung. Bezeugt wird die Verschiedenheit dieser Behandlung auch durch die ausdrückliche Vorschrift des § 664 Abs. 1, die freilich nur von einem unentgeltlichen Auftrag handelt und selbst in § 675 auf entgeltliche Geschäftsbesorgungen nicht übertragen ist. Indessen liegt der Grund des Ausschlusses an letzterer Stelle doch wohl vorwiegend im ersten Satze des § 664, der für das Substitutionsrecht überhaupt die Norm gibt[5]): eine Norm, die gerade bei den drei Hauptkontrakten über Geschäftsbesorgung (Dienst-, Werkmiethe, Mandat) nicht schlechterdings gleichlautend ist, wogegen die Frage der Entgeltlichkeit der drei Kontrakte dann keinen wesentlichen Unterschied mehr begründet, wenn nach jedem derselben die Substitution einmal erlaubt ist. Das zeigt auch deutlich die Vorschrift des § 691, die von der Verwahrung — einer besonders qualifizirten Geschäftsbesorgung — handelt, welche sowohl entgeltlich als unentgeltlich übernommen werden kann und dennoch im einen wie im anderen Falle in dieser Hinsicht gleichen Grundsätzen unterstellt ist. Auch

4) S. § 549 Abs. 2 und oben § 14 nach Note 7.

5) Also ob der Uebernehmer wirklich zur Substitution berechtigt sein solle oder nicht — was, wie wir sahen, beim Werkvertrag nicht ebenso regelmäßig zu verneinen ist, als beim Dienstvertrage und Mandat.

da wird das Prinzip dahin gefaßt, daß wenn die Substitution gestattet ist, der Uebernehmer nur ein ihm bei der Substitution zur Last fallendes (eigenes) Verschulden zu vertreten hat, mag der Hinterlegungsvertrag im Uebrigen unentgeltlich oder entgeltlich abgeschlossen sein. Wir werden also wohl als allgemeines Prinzip annehmen können, daß der Schuldner, welcher sich zur Ausführung der ihm obliegenden Arbeitsleistung einer fremden Kraft bedient, für diese absolut (§ 278), für einen erlaubterweise angenommenen Substituten (Entrepriſe im weiteren Sinne) aber nur bei eigenem Verschulden (culpa in eligendo et custodiendo) haftet.

§ 43.

Uebrigens bedarf es zur Zulässigkeit der Substitution nicht stets einer vorherigen (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Gestattung des Bestellers, sondern nicht selten wird sich auch das gleiche Recht des Unternehmers, die Herstellung des Werks einem selbständigen Dritten zu übertragen, nachträglich aus den besonderen Umständen des Falles ableiten lassen. So, wenn der Unternehmer durch spätere Unglücksfälle (ohne sein Verschulden) die Arbeit nicht vollenden kann und anzunehmen ist, daß der Besteller die Ausführung durch einen Dritten lieber wolle, als gänzliche Nichtausführung. Hier wird der Unternehmer also auch von der primären lex contractus: der Selbstherstellung abweichen dürfen, z. B. weil er etwa wegen Krankheit das Werk nicht weiter führen kann, — weil seine Transportmittel von einem Unfalle betroffen werden u. dgl. In dieser Hinsicht schreibt das Gesetz (§ 665 jcto § 675) mit Bezug auf alle Arten von Geschäftsbesorgungen vor, daß der Unternehmer von den Weisungen des Bestellers abzuweichen berechtigt ist, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Besteller bei richtiger Kenntniß der Sachlage die Abweichung selbst billigen würde. Der Unternehmer hat nur, soweit thunlich,

d. h. soweit nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, dem Auftraggeber vor der Abweichung Anzeige zu machen und dessen Entschließung einzuholen. Dazu wird oftmals gerade hier die Zeit fehlen. Der Unternehmer darf dann also auf eigene Verantwortung zur Substitution verschreiten, d. h. haftet alsdann nicht nur wie stets für die gehörige Auswahl einer geeigneten Persönlichkeit und soweit nöthig für deren Instruktion, sondern steht auch dafür ein, daß der bezeichnete Dringlichkeitsfall überhaupt vorlag. Nur insofern kommt das Gesetz dem Unternehmer hier entgegen, als die Beurtheilung des Vorliegens der Substitutionsvoraussetzungen nicht nach der objektiven Sachlage, sondern vom Standpunkte des Unternehmers aus (also nach seiner Kenntniß und berechtigten Anschauung der Dinge) erfolgen muß. Auch hierbei handelt es sich also lediglich um eine Frage des Verschuldens. Wie die Substitution nicht schon dann als berechtigt angesehen werden kann, wenn sich der Unternehmer durch von ihm zu vertretende Umstände selbst aus der Lage gebracht hat, persönlich zu handeln, so haftet er auch für eine pflichtmäßige Beurtheilung der Sachlage: ob eine Zwangslage zum sofortigen Handeln vorliegt und ob er bei dieser Dringlichkeit substituiren darf, ob nicht.

Ist die Uebertragung auf einen Ersatzmann nach den vorstehenden Grundsätzen berechtigt, so liegt darin eine zulässige Ausführung des aufgetragenen Geschäfts, die also den Unternehmer, wenn er dabei sorgfältig verfuhr, von seinen Verflichtungen und damit auch von jeder Haftung für das weitere Verhalten des Ersatzmannes befreit. Im umgekehrten Falle enthält dagegen schon die Substitution für sich allein eine Vertragsverletzung, welche den Unternehmer nach allgemeinen Grundsätzen für allen Schaden verantwortlich macht, der dem Besteller aus der Substitution erwächst — und zwar ohne Beschränkung auf ein Verschulden des Substituten. Nur den Ersatz desjenigen Schadens

kann der Unternehmer ablehnen, von dem er nachzuweisen vermag, daß er auch ohne die Substitution entstanden wäre und nicht auch dann von ihm, dem Unternehmer, aus anderen Gründen getragen werden müßte[1]).

§ 44.

Im Anschluß daran ist dann noch die schwierige Frage zu berühren, inwieweit der Substitut dem Auftraggeber haftet[1]). Die Sachlage ist die, daß der von dem Besteller zur Ausführung des Werkes angenommene erste Unternehmer die Ausführung in einem ähnlichen Kontrakt an einen Anderen weiter gegeben hat. Vgl. l. 8 § 3 Dig. mandati (17, 1):

Si quis mandaverit alicui gerenda negotia eius, qui ipse sibi mandaverat, habebit mandati actionem.

Diese Weiterbegebung des Werkes ist nach allgemeinen Grundsätzen in doppelter Weise möglich. Entweder so, daß der erste Unternehmer bei der Substitution im Namen seines Auftraggebers handelt, oder nicht. Im ersteren Fall versteht es sich von selbst, daß auch der Substitut unmittelbar dem Besteller haftet, weil durch die Stellvertretung ein direktes Verhältniß zwischen ihm und dem Substituten entstanden ist. Der Substitut kann also vom Besteller ohne Weiteres wegen Verschuldens auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Umgekehrt hängt der Lohn des Substituten von dem Inhalt des durch den ersten Unter-

---

1) Vgl. dazu l. 2 § 1 Dig. si mensor (11, 6). Ihering i. d. Jahrb. für Dogmatik Bd. 4 S. 84 ff. Windscheid, Pandekten II § 401 zu N. 4. v. Wyß, Die Haftung für fremde Culpa S. 89 ff. und übereinstimmend der französische Code civil Art. 1994, das italienische Civilgesetzbuch Art. 1748, das österreichische GB § 1010 u. A.

1) Diese Frage wird vornehmlich dann praktisch, wenn der ursprüngliche Unternehmer zur Substitution berechtigt war und sich dabei auch kein Versehen hat zu Schulden kommen lassen, aus welchem er dem Besteller persönlich haftet.

nehmer mit dem Substituten geschlossenen Vertrages[2]) ab. Derselbe braucht nicht deshalb partiarisch zu sein, weil der ursprüngliche (mit dem ersten Unternehmer geschlossene) Kontrakt es war. Wenn aber die Quotalverabredung wesentlich den Zweck verfolgte, den Unternehmer zu erhöhten Leistungen, zu größerem Aufwande von Zeit und Mühe auf die Ausführung des Werkes zu bestimmen, so wird unter Umständen auch darin eine Pflichtverletzung des ersten Unternehmers[3]) bei der Substitution gefunden werden müssen, daß er mit dem Substituten anders, und überhaupt zu laxeren Bedingungen abschloß. Sodann hat regelmäßig der Besteller den Lohn nur einmal zu entrichten[4]); und zwar, da letzterer erst nach der Abnahme bezw. Vollendung des ganzen Werkes oder einzelner selbständiger Theile geschuldet wird (§§ 641, 646), an den ersten Unternehmer nur insoweit derselbe einen derartigen selbständigen Theil vollendet hat. Im Uebrigen erhält der Substitut den Lohn, der nach dem Obigen nicht stets mehr partiarisch zu sein braucht. Die Quote des ersten Unternehmers fällt soweit ganz fort. Den ihm für *seine* theilweise Erfüllung verbleibenden Lohnanspruch kann er erst dann erheben, wenn der Gesammterfolg des Unternehmens feststeht und mit einem Gewinne des Bestellers ab-

2) Vorausgesetzt, daß der Vertrag überhaupt den Besteller bindet. S. §§ 42 ff.

3) Sodaß er seinerseits den etwaigen dadurch bewirkten Mindererertrag zu decken hat.

4) Es wird kaum als die Absicht der Parteien angesehen werden können, daß der Lohn des Substituten eine besondere Aufwendung sei, welche der Besteller (vgl. § 670 BGB) besonders zu ersetzen habe. Im Allgemeinen kann zwar unter Umständen der Lohn des ersten Unternehmers nur als Lohn für seine Thätigkeit gemeint sein (z. B. der Streckenlohn des Frachtführers für seine Route); aber gerade beim partiarischen Kontrakt ergibt sich eine andere Regelung als die im Zweifel gewollte. Hier soll nämlich der Lohn von dem Erfolg der ganzen Unternehmung (als einmalige Quote des letzteren) genommen werden. Wie sich verschiedene Unternehmer darein theilen, ist eine andere Frage.

schließt, sodaß er unter Umständen gar Nichts erhält, während der Substitut für seinen Theil der Leistung honorirt wird. Ist ein Gewinn gemacht, so schuldet der Besteller dem ersten Unternehmer den Theil der Quote, der seinen Leistungen entspricht: eine portio portionis von dem erzielten Gewinn. War mit dem Substituten auch partiarisch kontrahirt, so wird nur die Quote nach Maßgabe der ausgemachten Höhe und der Betheiligung der beiden Unternehmer an der Ausführung unter sie vertheilt. Zunächst erhält also stets der Substitut das ihm Versprochene, der erste Unternehmer die portio portionis, und der Vortheil oder Nachtheil ist für den Besteller, der sich aber für seinen Schaden an dem ersten Unternehmer erholen kann, wenn in der Lohnberedung desselben mit dem Substituten eine culpa liegt[5]).

Hat der erste Unternehmer dagegen in eigenem Namen mit dem Substituten kontrahirt, so wird nur er aus dem Kontrakt berechtigt und verpflichtet; und wie der Substitut hier seinen Lohn ausschließlich von dem ersten Unternehmer als seinem Gegenkontrahenten verlangen kann, so wird er ex contractu auch nur ihm allein verantwortlich. Der Besteller kann also gegen den Substituten nur indirekt, d. h. dann klagen, wenn der erste Unternehmer ihm seine Ansprüche gegen den Substituten abtritt. Zu dieser Abtretung ist er nach §§ 667 (675) BGB verpflichtet[6]). Weil aber der Substitut nur zu dem ersten Unternehmer in einem Vertragsverhältniß steht, so wird er auf die Klage des Bestellers regelmäßig einwenden, daß er aus dem Verschulden nur den Schaden zu ersetzen habe, welcher seinem Gegenkontrahenten, nicht denjenigen, welcher dem Besteller und Cessionar des Anspruches entstanden sei. Der erste Unter-

5) Vgl. das Anm. 3 Gesagte.

6) Eventuell ist sie durch Klage und Zwangsvollstreckung zu erwirken. Der Uebergang der Ansprüche wird hier vom Bürgerlichen Gesetzbuch nicht kraft Gesetzes verfügt.

nehmer aber habe — unter Vorausſetzung, daß die Subſtitution berechtigt war und er dabei ſorgfältig verfuhr — gar keinen Schaden erlitten, da er ja dem Beſteller gegenüber Nichts verſäumt, alſo auch zu Nichts verpflichtet (vollkommen entlaſtet) ſei. Daß dieſes Reſultat unbillig wäre, liegt auf der Hand. Es fehlen jedoch im Bürgerlichen Geſetzbuch Beſtimmungen, welche es geſtatten, unter beſtimmten Vorausſetzungen den Schaden eines Andern einzuklagen, wie im gemeinen Recht auf Grund verſchiedener Quellenſtellen angenommen wird[7]). Aus allgemeinen Grundſätzen läßt ſich ein ſolcher genereller Satz unmöglich herleiten[8]). Er würde die Sicherheit des Verkehrs vollkommen untergraben. Auf Grund desſelben könnte jedes nicht vorſchriftsmäßig ausgeführte Geſchäft durch die Behauptung komplizirt, kurz jedes ex contractu irgendwie geforderte Intereſſe dadurch in's Ungemeſſene aufgebauſcht werden, daß der Erſatzberechtigte ausführte, es gehe das Geſchäft noch einen Dritten an, deſſen perſönliche Verhältniſſe bei der Berechnung des Schadens zu berückſichtigen ſeien. Das iſt aber jedenfalls unzuläſſig[9]). Es wird ſomit in erſter Linie daran feſtzuhalten ſein, daß der Schuldner, der zum Erſatz verpflichtet wird, beim Abſchluß genügende Kenntniß davon haben muß, daß noch ein Dritter am Geſchäft betheiligt iſt, in deſſen Intereſſe der Handel vorzugsweiſe abgeſchloſſen wurde. Dieſe Kenntniß

7) Vgl. l. 14 Dig. si quis caut. (2, 11); l. 28 Dig. de negot. gestis (3, 5); l. 8 § 3 Dig. mandati (17, 1); l. 81 § 1 Dig. de V. O. (45, 1) und Zimmermann i. neuen Archiv für Handelsrecht Bd. 1 S. 48—82; Windſcheid, Pandekten II § 258 Ziff. 3: „Hat ſich der Gläubiger im Intereſſe eines Andern zum Gläubiger gemacht, ſo bildet den Inhalt ſeiner Intereſſeforderung der von dieſem Andern erlittene Nachtheil."

8) Selbſt die Ableitung aus den citirten Quellenſtellen für das gemeine Recht erſcheint mir höchſt gewagt.

9) Denn welches Geſchäft geht nicht noch einen Dritten an? Das läßt ſich in unzählig vielen Fällen behaupten.

kann durch die Umstände des Falls von selbst gegeben sein: es bedarf nicht stets einer ausdrücklichen Erklärung des Abschließenden. Es kann sich für den Schuldner aus den Umständen mit hinreichender Deutlichkeit ergeben, daß sein Gegner, wenn auch im eigenen Namen, so doch *für Rechnung eines Andern* handelt, wie beispielsweise in den zahlreichen Fällen, in welchen ein Kommissions- oder Exporthaus gewerbsmäßig bestimmte Artikel für Rechnung Anderer kauft, verkauft oder befördert[10]), und ebenso wenn ein Frachtführer sich einen Substituten bestellt, also die Sendung zur Weiterbeförderung an einen andern Unternehmer abgibt. Hier kann der letztere wohl kaum im Zweifel sein, daß sein Kontrahent nicht über eigenes Gut im eigenen Interesse kontrahirt, sondern daß er für fremde Rechnung handelt, weshalb denn folgeweise als integrirender Vertragsbestandtheil angenommen werden muß, daß für die Schädenhaftung des neuen Unternehmers nicht das Interesse seines unmittelbaren Kontrahenten, sondern des dritten Auftraggebers maßgebend sein solle, auf dessen Rechnung das Geschäft geht. Auch bei der einfachen Versendung verkaufter Waaren oder sonstiger Gegenstände wird sich unter Umständen rechtfertigen, für Beschädigung des Gutes auf der Reise nicht das Interesse des Absenders, sondern des Adressaten zu Grunde zu legen, sofern beim Abschluß des Frachtkontrakts erkennbar ist, daß das Frachtgut auf Gefahr des Adressaten geht. Liegt ein Vertrag zu Gunsten Dritter vor (s. u. § 77), so versteht sich von selbst, daß der Adressat, welcher seinen Schaden liquidirt, sein eigenes, ihm unmittelbar von den Parteien begründetes Recht, nicht den abgetretenen Anspruch des Absenders auf Ersatz eines fremden Schadens geltend macht.

10) Darauf beziehen sich die Entscheidungen des ROHG Bd. 11 n. 86 S. 259, Bd. 14 n. 123 S. 400, Bd. 17 n. 21 S. 78, Bd. 22 n. 55 S. 258 u. des RG Bd. 27 n. 28 S. 125 ff.

Abgesehen davon läßt sich aus allgemeinen Grundsätzen nur folgern, daß der Schuldner bei Uebernahme der versprochenen Leistung darauf zu rechnen hatte, für culpa wenigstens einmal überhaupt zu haften. Aus dem Umstand, daß im betreffenden Fall zufällig nicht der Gegenkontrahent sondern ein Dritter an der Leistung materiell interessirt ist, läßt sich nach den auch hier maßgebenden Grundsätzen von Treu und Glauben im geschäftlichen Verkehr nicht schließen, daß sich der Schuldner wegen kulposer Nichterfüllung seiner Verbindlichkeiten nunmehr jeder Ersatzpflicht entziehen könne. Eine solche Annahme würde das Kontraktverhältniß überhaupt zerstören, die Verpflichtung des Schuldners regelmäßig aufheben und die Verkehrssicherheit nicht weniger in Frage stellen, als es der umgekehrte, von Windscheid vertretene Satz zu thun geeignet ist, daß regelmäßig das Interesse des am Geschäfte interessirten Dritten der Schädensberechnung zu Grunde zu legen sei. Der Schuldner weiß und muß wissen, daß wenn er eine verkehrsübliche vermögenswerthe Leistung verspricht, die schuldhafte Nichterfüllung dieser letzteren ihn auch materiell zur Schadloshaltung verpflichtet, und daß er sich dem nicht durch rabulistische Erwägungen ex iure tertii, auf dessen Rechnung das Geschäft geht, ganz entziehen kann. Es gilt dies umsomehr, als beim Vertragsschluß der Schuldner gar nicht wissen kann, ob resp. inwieweit sein Gegenkontrahent dem Dritten haftet. Haftet er ihm, so ist ja aber das Interesse des Dritten thatsächtlich auch (vermöge der Verantwortlichkeit des Gegenkontrahenten gegenüber dem Geschäftsherrn) das eigene Interesse des Vertragsgegners. Dann bleibt noch immer wahr, was Ulpian sagt[11]):

Habebit mandati actionem quia et ipse tenetur.

Dann kann eben der Gläubiger den Schaden des Dritten

11) L. 8 § 3 Dig. mandati (17, 1).

als den eigenen einklagen, weil er ihn zu ersetzen hat; geradeso wie das Interesse des Gläubigers an der Leistung darin liegen kann, daß er den Gegenstand derselben einem Dritten schuldet. Muß in dem letzteren Fall schon nach gemeinem Recht der Schuldner den Schaden decken, der dem Dritten und damit (wegen der Verpflichtung) auch seinem Gegenkontrahenten entsteht[12]), so ist kein Anlaß, ihn deshalb frei ausgehen zu lassen, weil sein Gegenkontrahent sich so korrekt benahm, daß er dem Dritten gegenüber entlastet ist. Der Schuldner hat nichtsdestoweniger vertragswidrig gehandelt und dadurch einen objektiven Schaden verursacht. Der Schuldner kann nicht wissen, wie es mit dem Verhältniß seines Gläubigers zum Dritten steht; das Nähere darüber tritt meist erst hinterher zu Tage. Daher fährt Ulpian an der citirten Stelle fort:

tenetur autem, quia agere potest;

d. h. mag nun der Gläubiger dem Dritten aus besonderem Grunde haften oder nicht, es soll doch auch im letzteren Fall der Schaden des am Geschäfte einzig materiell interessirten Dritten für die Ersatzberechnung maßgebend sein. Will man die Stelle wörtlich nehmen, so enthält sie ein Sophisma (habebit actionem quia ipse tenetur — tenetur autem quia agere potest), das ihre Gerechtigkeit eher verdunkelt als enthüllt. Auch das Reichsgericht drückt sich delphisch genug aus, wenn es mit Bezug auf diese Frage ausführt[13]):

Weil in letzter Reihe die Vortheile und die Nachtheile aus dem (vom Kommissionär) abgeschlossenen Ge-

12) Ueber die nothwendige Beschränkung auch dieses Grundsatzes s. u.

13) Entsch. d. RG Bd. 27 n. 28 S. 126. — Noch unbestimmter Staub, Komm. z. HGB (1896) Art. 360 § 9: der Kommissionär lege in Wahrheit sein eigenes Interesse zu Grunde, da er dem Kommittenten mindestens soweit hafte, als ihm der dritte Kontrahent verantwortlich und zu leisten im Stande sei.

schäfte den Kommittenten treffen, kann derselbe als der materiell Interessirte bezeichnet werden. Für die rechtliche Stellung der drei betheiligten Personen hat dieser Umstand keinerlei Bedeutung. Der Kommittent kann dieses sein materielles Interesse gegen den Kontrahenten des Kommissionärs nicht (direkt) geltend machen und kann von diesem nicht angegriffen werden. Aber auch das Interesse, auf welches der Kommissionär den Anspruch gegen seinen Kontrahenten stützt, ist in der That sein eigenes Interesse und bleibt es eben darum, weil es durch die schließliche materielle Gestaltung des Verhältnisses nicht berührt wird.

Alle diese Begründungen sind formalistisch und kommen dem Kern der Sache nicht nahe. Der Satz, der hier bewiesen werden soll, läßt sich gar nicht beweisen; er läßt sich nur halten aus der Billigkeit. Das Interesse des Dritten soll entscheiden, weil er in dem gegebenen Falle der einzige materiell Betheiligte, und außer in seiner Person ein Schaden überhaupt nicht entstanden ist, der Schuldner aber für seine Pflichtwidrigkeit nicht frei ausgehen soll (vgl. §§ 157, 242 BGB). Die Sache liegt ähnlich wie im Fall der Anspruchscession als Surrogat für eine geschuldete unmöglich gewordene Leistung (s. jetzt § 281 BGB). Auch dort ist der materiell Geschädigte ein Dritter, nicht Derjenige, auf dessen Person oder Sachen durch die schadenstiftende Handlung unmittelbar eingewirkt worden ist. Denn der in dieser Weise von der Handlung zunächst Betroffene wird dadurch auf der andern Seite von einer Verpflichtung frei, die ihm sonst obläge. Z. B. er war verpflichtet, den zerstörten Gegenstand dem Dritten zu restituiren und wird von dieser seiner Verpflichtung durch die kasuelle Unmöglichkeit der Leistung befreit (vgl. § 275). Auch hier könnte man sagen: weil der zunächst Beschädigte durch die Zerstörung des Leistungsobjekts von seiner Verpflichtung loskommt, hat er keinen

Schaden erlitten; die Klage also, die er nach § 281 an seinen Gläubiger (den materiell Geschädigten) abzutreten habe, sei inhaltslos, denn nur der Schaden des Eigenthümers ꝛc. könne mit der actio cessa verfolgt werden, nicht der Schaden eines Dritten. Wie unrichtig das wäre, ergibt sich schon daraus, daß die Tragweite des § 281 sich dadurch auf ein Minimum beschränkte, sodaß es kaum gelohnt hätte, eine derartige Vorschrift überhaupt in das Gesetz aufzunehmen. Vielmehr wird der Schuldner hier nur gegen Klagencession befreit, sofern der Gläubiger sie verlangt: der Inhalt des § 275 wird durch die Vorschrift des § 281 eingeschränkt. Dadurch wird hier in der That auch in gewissem Sinne das Interesse des Dritten das eigene Interesse Desjenigen, der durch das schädigende Ereigniß unmittelbar betroffen wird, und man könnte auch von ihm sagen: habet actionem quia ipse tenetur — tenetur autem quia agere potest. Das ist nicht mehr als ein geistreiches, man kann fast sagen paradoxes Bild. Im Fall des beneficium cedendarum actionum haben die Römer denn auch eine viel ansprechendere Konstruktion erfunden, sofern die Cession an eine Zahlung angeschlossen werden soll. Auch da wird die Frage aufgeworfen, wie denn der Gläubiger seine durch eben diese Zahlung erloschenen Klagen (Ansprüche) abtreten könne, und von Paulus dagegen ausgeführt[14]):

> ... non ita est; non enim in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit; et ideo habet actiones, quia tenetur in id ipsum, ut praestet actiones.

Aehnlich heißt es bei Modestinus[15]):

> ... salvas esse mandatas actiones, cum ... pretium magis mandatarum actionum solutum, quam actio, quae fuit, peremta videatur.

14) L. 36 Dig. de fideiussor. et mand. (46, 1).
15) L. 76 Dig. de sol. et lib. (46, 3).

Tilgt aber in dieser Weise die geschehene Zahlung nicht die vorhandenen Ansprüche, sodaß ihr Uebergang auf einen Dritten möglich ist, so muß im vorerwähnten Fall auch die Befreiung des Schuldners wegen kasueller nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung dieselbe Folge haben, d. h. der Schuldner überträgt auf Grund des § 281 keinen illusorischen Anspruch auf den Gläubiger, sondern den Anspruch, den er selber hätte, wenn er materiell interessirt wäre, also den zerstörten Gegenstand nicht hätte restituiren müssen.

So sehr die formalistische Begründung hiernach verschieden lauten kann, — der wahre Grund beider Entscheidungen bleibt das Bedürfniß der Gerechtigkeit, daß der materiell interessirte Dritte nicht leer ausgehen und, wo es sich um Schadenstiftung oder Pflichtverletzung handelt, der Uebelthäter nicht um einer Kompetenzfrage willen triumphiren und von jeglicher Ersatzpflicht befreit werden soll. Aber in letzterer Hinsicht ist noch eine wichtige Beschränkung hinzuzufügen.

Das Interesse, als Werth der Leistung, ist etwas Subjektives; und wenn wir wie gesagt auch zugeben, daß bei dem Mangel jeglichen Interesses des am Geschäft unmittelbar Betheiligten unter Umständen an seine Stelle das Interesse des einzig materiell, wenn auch entfernter interessirten Dritten treten kann, so bleibt doch nicht minder wahr, daß das Interesse des ersteren mit dem des letzteren sich nicht deckt. Der Schaden, den A und B durch eine und dieselbe Handlung (Nichtleistung) erleiden, ist nicht derselbe. Es geht also nicht an, den von B erlittenen Schaden ohne Weiteres an die Stelle desjenigen zu setzen, den A erlitten haben würde, wenn aus den hier besprochenen Gründen nicht sein Interesse ausnahmsweise gänzlich fehlte. Der Schaden des Gläubigers (A) wäre im vollen Umfange zu ersetzen gewesen; der Schaden des Dritten (B) ist nur im vollen Umfang zu ersetzen, wenn

dem Schuldner die materielle Betheiligung des Dritten erkennbar ist[16]). Soweit man darüber hinaus aus Gründen von Treu und Glauben im Verkehr, mit einem Wort aus Gründen der Billigkeit die Haftpflicht des Schuldners erweitert, sie also gewissermaßen objektivirt, muß man sie auch entsprechend in den Grenzen halten, die der Schaden gemeiniglich — d. h. bei Jedermann — nicht übersteigen wird. Es kann also gerechterweise hier überhaupt nicht das volle Interesse des zufällig materiell geschädigten Dritten verlangt werden, an den der Schuldner bei seiner Pflichtverletzung gar nicht denken, von dessen persönlichen Verhältnissen und Schaden er demgemäß gar keine Vorstellung haben konnte. Vielmehr kann hier nur Ersatz des geringeren objektiven Schadens begehrt werden: als Schaden der incerta persona kann nur derjenige in Betracht kommen, welcher nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge aus der Pflichtverletzung erwartet werden konnte.

Ja dieses Prinzip muß selbst dann gelten, wenn das materielle Interesse des Dritten auch das des unmittelbaren Gegenkontrahenten des Schuldners ist, weil er dem Dritten haftet. Wir sahen, daß der Schuldner das Verhältniß seines Gläubigers zum Dritten beim Kontraktschluß und häufig selbst bei der Verletzung noch gar nicht kennt; es ist für ihn überhaupt gleichgültig. Es ist ungerecht gegen ihn, seine Ersatzpflicht lediglich deshalb mehr auszudehnen (auf das subjektive Interesse des Dritten zuzuschneiden), weil der Gläubiger dem Dritten selbst haftet. Nur wenn der Schuldner davon weiß oder wenn ihm die materielle Betheiligung des Dritten erkennbar ist, läßt dieser Satz sich halten. In richtiger Erkenntniß dessen bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch jetzt gleichmäßig für beide Fälle, daß der Gläubiger[17])

16) S. oben bei Note 9.

17) Der Ausdruck: „Beschädigter" in § 254 Abs. 2 ist, wie man

den Schuldner auf die Gefahren eines ungewöhnlich hohen Schadens, der sich durch die Nichterfüllung des Schuldverhältnisses ergeben würde, aufmerksam zu machen hat, wenn der Schuldner den Eintritt eines solchen Schadens weder kannte noch kennen mußte (§ 254). Die Unterlassung dieser Mittheilung wird dem Ersatzberechtigten zur Schuld angerechnet, sodaß der allgemeine Grundsatz der Kulpakompensation eintritt, wonach die Ersatzpflicht wie der Umfang des Schadensersatzes von den Umständen (nach freier Beurtheilung des Gerichtes) abhängt. Danach wird das Gericht in unserm Falle dazu kommen, den Schadensersatz auch nur in der hier angegebenen Höhe zuzubilligen d. h., wenn nicht dem Schuldner die materielle Betheiligung des Dritten an dem Geschäft erkennbar war, den Schuldner zwar für seine Pflichtverletzungen nicht gänzlich freilassen, wohl aber den Schadensersatz nur in der allgemeinen Durchschnitts- oder für Versehen der betreffenden Art voraussehbaren resp. verkehrsüblichen Höhe zusprechen.

Hiernach wird überhaupt der Gläubiger (um den durch Nichterfüllung oder sonstige Pflichtverletzung des Schuldners etwa entstehenden höheren Schaden eines Dritten liquidiren zu können) von vornherein schon angehalten, dem Schuldner beim Kontraktschluß mitzutheilen, daß das Geschäft noch einen Anderen angeht, also wesentlich für fremde Rechnung geschlossen werde. Das erübrigt sich nur da, wo dieser Zusammenhang schon ohne Weiteres aus den Umständen hervorgeht oder dem Schuldner bekannt ist. So fügt sich die Vorschrift des § 254 Abs. 2 [18]) geradezu dem Rah-

---

sieht, zu eng. In unserem Falle ist der Gläubiger nicht materiell geschädigt, sondern der Dritte, auf dessen Rechnung das Geschäft geht.

18) Sie ist nach langwierigen Kommissionsberathungen im Reichstag zugefügt, welcher hier ausnahmsweise eine glückliche Hand gehabt hat. Vgl. den amtlichen Bericht über die Beschlüsse der XII. Komm. d. RT. 9. Legislatur-Per. IV. Session betr. den Ent-

men der allgemeinen Publizitätsvorschriften ein, die das Gesetz zum Schutz des guten Glaubens im Verkehr in den verschiedensten Situationen des Rechtslebens mit entsprechend angepaßter Wirkung erlassen hat. Hier besteht die Wirkung darin, daß von dem Schuldner der Ersatz nicht beigetrieben werden darf, auf den er sich unmöglich einrichten konnte. Damit ist unserm Rechtsbewußtsein jedenfalls Genüge geschehen.

Beim partiarischen Kontrakt[19]) kann man noch sagen, daß das materielle Interesse des Bestellers an gehöriger Erfüllung (Herstellung des Werkes) durch den Substituten stets auch das eigene des ersten Unternehmers ist: also selbst dann, wenn er in jeder Beziehung bei der Substitution korrekt handelte und demgemäß persönlich nicht (wegen culpa in eligendo oder custodiendo) dem Besteller haftet. Denn an die Stelle jener Haftung tritt im partiarischen Kontrakte die Betheiligung des Unternehmers am Gewinn der ganzen Entreprise, — ein Gewinn, der selbstverständlich um soviel gemindert wird, als der Besteller einen vom Substituten nicht gedeckten Schaden leidet. Der Schaden des Bestellers ist hier also stets pro parte ein Schaden des Unternehmers (des Gläubigers des Substituten).

Im Uebrigen braucht der Lohn des Substituten hier sowenig partiarisch bemessen zu sein, als in dem Falle, wo der Unternehmer bei der Substitution im Namen des Bestellers handelt[20]). Es gelten darüber die dortigen Ausführungen mit der Maßgabe, daß der Lohn hier ganz allein vom ersten Unternehmer, nicht vom Besteller geschuldet wird. Dagegen ist die Frage, ob der erste Unternehmer den Lohn

---

wurf des BGB S. 59 ff. Regierungsseitig wurde schon dort dem Schlußergebniß zugestimmt.

19) Also beim partiarischen Werkvertrage des Bestellers mit dem ersten Unternehmer.

20) S. oben bei Note 2 ff.

des Substituten selbst zu zahlen hat oder dem Besteller als besondere Aufwendung in Rechnung stellen darf, ganz nach den dortigen Grundsätzen zu beantworten, wonach der für das Unternehmen zugesagte Lohn der Regel nach nur als einmaliger gemeint war.

3. Annahme des Werks. Gefahrtragung. Verschulden beider Theile.

§ 45.

Eine Besonderheit des Werkvertrages ist, daß der Besteller nach vertragsmäßiger Herstellung des Werks dasselbe abzunehmen hat, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist (§ 640). Dadurch unterscheidet sich das Verhältniß wesentlich vom Dienstvertrage, wo der Arbeitgeber hinsichtlich der Annahme der Dienste nur Gläubiger und daher im Allgemeinen zur Ablehnung derselben berechtigt ist. Seine Verpflichtung beschränkt sich dort, wie wir sahen, im Wesentlichen auf die gehörige Lohnzahlung. Dagegen ist das Verhältniß beim Werkvertrage vielfach dem Kaufe analog[1]), und wenn bei diesem mit Rücksicht auf die Billigkeit eine Abnahmepflicht des Käufers in Ansehung der Waare statuirt ist[2]), weil die Aufbewahrung der fertigen Sache den Verkäufer allzusehr belastet, so trifft dieser Gesichtspunkt bei dem Werkvertrag in noch viel höherem Grade zu, da hier das hergestellte Werk gewöhnlich keine Alltagswaare ist und, abgesehen von der schwereren Verwerthung nach der Fertigstellung, häufig eine ganz besondere Behandlung verlangt, auf die der Unternehmer ebensowenig eingerichtet ist, wie für die Aufbewahrung überhaupt[3]). Man hat daher auch

1) S. auch oben § 40.

2) Vgl. § 433 Abs. 2 und oben § 27 nach Note 10.

3) Sehr häufig hat er gar keine Lagerräume. Das Werk ist in seiner Werkstätte vollendet, wo nunmehr andere Arbeiten vorzunehmen sind ꝛc.

hier mit Recht den Besteller zum Schuldner der Annahme gemacht; freilich erst vom Momente an, in dem das Werk vollendet, und zwar vertragsmäßig hergestellt ist. Denn vorher hat der Unternehmer nicht das Seinige gethan, und es treffen im Gegentheil bis dahin auf das Verhältniß der Parteien alle diejenigen Erwägungen zu, die gegen fruchtlose Herstellung von Gütern vom Rechts- und volkswirthschaftlichen Standpunkt sprechen. Es ergiebt sich daraus für die Rechtsstellung der Parteien beim Werkvertrag ein doppeltes Stadium, vor und nach vertragsmäßiger Herstellung des Werkes durch den Unternehmer, welches auch die partiarische Gestaltung des Kontrakts beeinflußt.

Die Abnahme, von welcher der § 640 BGB handelt, ist nicht blos wie beim Kauf von einer thatsächlichen Wegnahme des hergestellten Werkes zu verstehen. Das ergibt sich aus der verschiedenen Situation von selbst. Beim Kauf dreht es sich wesentlich nur um die Annahme einer im Momente des Vertragsabschlusses schon fertigen oder wenigstens nach ihren Hauptmerkmalen genau bestimmten Sache. Das Vertragsobjekt steht hier vollkommen fest, und eine Prüfung desselben bei der Annahme kommt hier in keinem weiteren Umfang in Frage, denn als Ausfluß des allgemeinen Gläubigerrechts, daß man nichts Anderes anzunehmen braucht, als was geschuldet, also wirklich Erfüllung ist[4]). Thut der Gläubiger dies dennoch, also nimmt er etwas Anderes als Erfüllung an, so billigt er das Geleistete und gilt das letztere als Erfüllung (vgl. § 363, wo denn dem Gläubiger auch unter Umständen ein Gegenbeweis gegen diesen aus der Erfüllungsannahme zu ziehenden Schluß zugestanden wird). Beim Werkvertrag dagegen gehört nach erfolgter Herstellung des Werks die Billigung mit zu den Pflichten des Bestellers ex contractu, weil es

4) Das ist in keiner Hinsicht etwas dem Kaufe Eigenthümliches.

sich hier um Lieferung eines neuen Gegenstandes handelt, dessen Qualität und Ausfall bei dem Kontraktschluß nicht einmal annähernd zu übersehen war. Der Besteller muß also billigen, falls die Ausführung vertragsmäßig ist[5]). M. a. W. der Unternehmer hat nicht nur ein Recht auf körperliche Wegnahme, sondern auch auf Anerkennung des Werkes als Erfüllung. Beides zusammen bildet die „Abnahme" im Sinne des § 640: also eine Annahme des Werkes als Erfüllung[6]). Freilich ist diese Abnahme nach der Beschaffenheit des Werks nicht immer möglich, weil eine körperliche Wegnahme sich oft von selbst verbietet, und ist danach auch eine besondere Billigung nicht erforderlich[7]). Implicite liegt sie hier freilich in der Zahlung des Werklohns, zu welcher der Besteller mit der vertragsmäßigen Vollendung des Werks verpflichtet ist (§§ 641, 646). Erfolgte die Billigung irrthümlich, so kann sie nach allgemeinen Grundsätzen unter Beziehung auf den Irrthum angefochten werden. Entschuldbarkeit des letzteren ist nicht zu verlangen. Auch § 640 Abs. 2 beschränkt das Rügerecht des Bestellers nur für den Fall, daß letzterer bei der Abnahme die Mangelhaftigkeit des Werkes kennt[8]). Auch zur alsbaldigen Untersuchung desselben ist er nicht verpflichtet[9]). Hiernach wird es bei nachträglicher

---

5) Der Unternehmer kann eine Erklärung des andern Kontrahenten darüber verlangen, daß seine Leistung auch Erfüllung des Werkvertrages sei. Selbstredend genügt eine — nur an sich unzweideutige — stillschweigende Erklärung.

6) Die betreffende Schlußfolgerung aus der Abnahme kann durch einen Rechtsvorbehalt des Abnehmenden ausgeschlossen werden. Vgl. § 640 Abs. 2.

7) § 640 sagt geradezu, daß hier nach der Beschaffenheit des Werks die „Abnahme ausgeschlossen" sei.

8) Auch unerhebliche Mängel geben dem Besteller das Recht, die Abnahme des Werkes zu verweigern. Da es sich um eine Herstellung handelt, kann Tadellosigkeit der Arbeit verlangt werden.

9) Die Pflicht sofortiger Untersuchung und Anzeige der vor-

Rüge des abgenommenen Werks im Wesentlichen darauf ankommen, ob dem Besteller der Nachweis gelingt, daß ihm bei der Abnahme ein Mangel unbekannt geblieben sei. In diesem Sinne muß der Irrthum des Abnehmenden auch heute noch „probabel" sein. Der Richter ist nach den Umständen des Falls davon zu überzeugen. Gelingt das nicht[10]), so ist das Werk gebilligt, sofern kein Vorbehalt gemacht ist, und kann der Abnehmende sich nicht einmal darauf berufen, daß der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen oder die fehlende Eigenschaft besonders zugesichert habe. Wird umgekehrt der Nachweis des Irrthums vom Abnehmenden geführt, so hindert selbst grobfahrlässige Unkenntniß des Mangels nicht das Rügerecht, da jede Unkenntniß die Anerkennung des Werkes als Erfüllung ausschließt. Der Irrende braucht sich also hier nicht auf dolus des Unternehmers zu berufen.

Beim Werkvertrag erhebt sich ganz besonders oft die Frage, wie sich das Direktionsrecht des Bestellers (die Herstellung des Werks nach seinen Anweisungen) mit den Rechten und der Pflicht des Unternehmers hinsichtlich der ordnungsmäßigen Ausführung des Werks vereinigt. Ja nicht allein durch diese Anweisungen — auch durch den Stoff, welchen beim partiarischen Kontrakt der Unternehmer stets von dem Besteller zur Bearbeitung empfängt, kann eine Hinderung der Arbeit oder eine Beeinträchtigung ihres Resultats verursacht werden gegenüber der Art der Fertigstellung, die dem Unternehmer sonst möglich gewesen wäre, wenn er nach eigenem Plan oder aus eigenem Stoff die

---

gefundenen Mängel beschränkt sich auf den Handelskauf. Aber die kurze Verjährungsfrist des § 638 setzt übermäßiger Verschleppung der Rüge ein Ziel.

10) Z. B. wegen der Offensichtlichkeit des Fehlers.

Aufgabe gelöst hätte. Kann er beim partiarischen Kontrakt hier sagen, daß er durch den Besteller gehindert worden sei, denjenigen Ertrag von seiner Arbeit zu erzielen, den er gehofft und andernfalls erzielt haben würde, und deshalb Nachansprüche erheben? Die Frage tritt hier in anderer Gestalt auf als beim Dienstvertrage[11]), weil ihre Beurtheilung erst nach der Herstellung des Werks oder im Hinblick auf sie möglich ist. Sie tritt hier im Gewande der Verschlechterung, des Unterganges oder der Unausführbarkeit des Werks bezw. einer Verlängerung der dazu nöthigen Arbeitszeit an uns heran. Die Beantwortung, wem diese Umstände zur Last fallen, wird aber nicht nur durch den Inhalt der vom Besteller gegebenen Anweisungen und die Qualität des Stoffs an sich, sondern ebensosehr durch die Erwägung bedingt, ob nicht der Unternehmer die Ausführbarkeit des Werkes unter diesen gegebenen Verhältnissen aus eigener Sachkenntniß zu prüfen hatte und sich danach selbst zuzuschreiben hat, wenn etwa die vorgenommene Arbeit vom gewünschten Erfolge nicht begleitet war. Das Bürgerliche Gesetzbuch trägt diesem Gesichtspunkt dadurch Rechnung, daß es, wenn mit den angegebenen Mängeln des Stoffes und der vom Besteller ertheilten Anweisung ein Umstand konkurrirt, welchen der Unternehmer nach allgemeinen Grundsätzen zu vertreten hat, dem letzteren das Recht auf Lohn und auf Ersatz der Auslagen, das er sonst haben würde, gänzlich abspricht (§ 645). Hier hat der Unternehmer selbst seine Pflichten nicht erfüllt, indem er es unterließ, auf die Unzulänglichkeit der vom Besteller gegebenen Arbeitsvoraussetzungen aufmerksam zu machen[12]), und dadurch den Erfolg der Arbeit

11) S. oben § 27.

12) Auch daß etwa der Besteller nach den getroffenen Veranstaltungen voraussichtlich nicht in der Lage sein werde, den Stoff oder sonstige von seiner Seite nöthige Hülfshandlungen zu beschaffen.

selbst beeinträchtigt. Nur wenn der Besteller seinerseits in culpa ist[13]), tritt eine Aenderung ein, sofern man sagen kann, daß sich die beiderseitigen Pflichtverletzungen hier gegenseitig ausgleichen (arg. § 645 Abs. 2). Darauf ist nicht besonders einzugehen. Es genügt zu konstatiren, daß der Lohnanspruch des Bestellers durch seine eigene, nicht selten unterlaufende Vertragsverletzung ausgeschlossen oder doch erheblich modifizirt werden kann, so daß die einfache Zubilligung der Quote von dem vorhandenen Resultat der Arbeit hier vielfach als die nach den Umständen naturgemäße Lösung des Streitfalls angesehen werden muß.

Liegt keine derartige Pflichtverletzung des Unternehmers oder des Bestellers vor, so wird das Arbeitsresultat durch einen Zufall beeinträchtigt bezw. ganz zerstört, der insofern mehr auf der Seite des Bestellers als des Unternehmers liegt, als eben der Stoff von dem Besteller herrührt oder die Anweisungen, die sich als ungeeignet erwiesen haben, von ihm gegeben worden sind. Es ist daher nicht mehr als billig, daß der aus diesen Umständen entstandene Schaden (des Unterganges, der Verschlechterung oder Unausführbarkeit des Werks) in erster Linie auf den Besteller zurückfällt, d. h. daß er in dieser Hinsicht die Gefahr trägt[14]). Freilich wird das hier nicht schablonenhaft verfügt: es ist nicht schlechthin der Werklohn für die unausführbare oder verschlechterte Arbeit zu bezahlen, sondern die Entscheidung wird mehr den individuellen Umständen an-

---

Vor Allem aber, daß die Instruktion für die Arbeit selbst nichts tauge, daß das Werk danach nicht oder nicht in guter Qualität ausführbar sei.

13) Z. B. wenn er genügende Vorstellung von der Mangelhaftigkeit des Stoffs und dem durch letzteren für die projektirte Arbeit drohenden Schaden haben kann ꝛc.

14) Die Gefahr der Unternehmung; nicht die des Stoffes, die dem Eigenthümer des letzteren verbleibt. § 644 Satz 3. Ueber das Eigenthum des Stoffes s. oben § 37 Anm. 13 ff. u. § 39.

gepaßt. Der Unternehmer kann einen der von ihm geleisteten Arbeit entsprechenden Theil der bedungenen Vergütung und im Uebrigen Ersatz der darin nicht inbegriffenen Auslagen fordern (§ 645). Denn für die hier in Rede stehende Bestimmung wird vorausgesetzt, daß das Werk noch nicht abgenommen (bezw. als nicht abnahmefähiges Werk vollendet) war. Nach Abnahme (bezw. nach entsprechender Vollendung) geht die Gefahr schon ohnehin auf den Besteller über (vgl. §§ 644, 646). Der Unternehmer hat daher in unserm Falle häufig noch nicht die ganze Arbeit aufgewendet, wohl aber alle Auslagen gemacht (die nöthigen Materialien herbeigeschafft), nicht selten muß er auch den Torso mit besonderen Kosten wieder entfernen lassen: kurz es kann sein, daß er quoad laborem gespart, quoad impensas aber mehr, als ursprünglich vorgesehen, hat zusetzen müssen, sodaß er mit der Gegenleistung (dem bedungenen Werklohn) oft nur eine den thatsächlichen Verhältnissen gar nicht entsprechende Aversionalsumme erhielte.

Von der Gefahr durch Mängel des Stoffs und der zur Arbeit ertheilten Anweisungen abgesehen, legt § 644 die vor der Abnahme (bezw. Vollendung des nicht abnahmefähigen Werkes) eintretenden Zufälle dem Unternehmer zur Last[14]). „Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes" (§ 644 Satz 1; vgl. § 646). Das rechtfertigt sich ohne Weiteres, wenn der Zufall in der Person des Unternehmers oder, wie man auch zu sagen pflegt, in seinem Bereich oder in seiner Sphäre liegt[15]). Z. B. wenn ein Maler Jemanden portraitirt, und das halbfertige Bild wird in seinem Atelier beschädigt, so hat er als Unternehmer diesen Zufall selbst zu tragen. Doch wird dasselbe Resultat beanstandet, wenn der Zufall sich in der

15) Vgl. Strohal in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 33 S. 386; Oertmann, Der Zufall bei der Werkverdingung, in Grünhut's Ztschr. Bd. 24 S. 1; Dernburg, Pand. II § 113 zu Note 23.

Sphäre des Bestellers ereignet; wenn z. B. dasselbe Bild im Hause des Bestellers zu malen war und daselbst von einem Dritten beschädigt wird. Hier sagt man, es sei unbillig, den Unternehmer die Gefahr tragen zu lassen, und § 644 wird als Muster einer kapitalistischen Gesetzesbestimmung gebrandmarkt[16]). Indessen wird dabei doch Manches übersehen. Richtig ist, daß die Motive die fragliche Bestimmung so ungeschickt wie möglich vertheidigten, wenn sie ausführten, der Zufall sei darum nicht weniger ein Zufall, der die allgemeine Unmöglichkeit der Leistung bewirke, weil er in erster Linie die Person des Bestellers betroffen habe. Es sei daher nach der Regel (jetzt § 323) zu verfahren, und von dieser aus Billigkeitsrücksichten abzuweichen, sei nicht empfehlenswerth[17]). Als ob das Recht nur um der allgemeinen Grundsätze willen existire, und nicht um der berechtigten Interessen des Volkes willen, die in diesem Falle eine Berücksichtigung der vom Unternehmer aufgewendeten Arbeit erheischen! Das römische Recht[18]) und manche neuere Gesetzgebungen[19]) sind in der That soweit gegangen, die Gefahrtragung des Unternehmers für höhere Gewalt oder wenigstens für die Person oder den Bereich des Gläubigers (Bestellers) treffende Unglücksfälle auszuschließen oder einzuschränken. Sie sind dabei jedoch zu keinem praktisch befriedigenden Ergebnisse gelangt. Und die Rücksicht auf dieses ist es denn wohl auch, was der sicherlich nicht unter-

16) Vgl. Oertmann a. a. O. S. 69 ff.

17) Motive z. I. Entwurf Bd. 2 S. 495.

18) Vgl. die in Anmerkung 15 citirten Schriften. Doch ist das Einzelne höchst kontrovers. Eine Ausführung an dieser Stelle erscheint insbesondere mit Rücksicht auf die neueste Arbeit Oertmann's überflüssig.

19) S. § 1155 des Oesterreich. BGB; § 1252 des Sächsischen BGB; Art. 370 des Schweizerischen Obligationenrechts (s. auch Oertmann a. a. O. S. 63 ff.) und selbst den § 667 des HGB.

schätzten Kritik Strohal's gegenüber zur Beibehaltung des anscheinend strengen Satzes: „der Unternehmer trägt bis zur Abnahme des Werkes die Gefahr" im Bürgerlichen Gesetzbuch geführt hat. Der Grundsatz, daß der Unternehmer nur die Zufälle zu tragen habe, welche sich in seiner Sphäre ereignen, nicht aber die Gefahren, welche der Sphäre des Bestellers angehören, ist, obwohl an sich sehr schön, thatsächlich nicht durchführbar. Wenn der Maler, von dem wir oben sprachen, auf Bestellung ein Landschaftsbild anfertigen soll und sich zu diesem Zweck mit seinem ganzen Apparat auf eine dem Besteller gehörige Wiese setzt, um die Gegend aufzunehmen, und ein daherkommender Ochse nimmt die Leinwand auf die Hörner, — ist hier der Unfall in der Sphäre des Malers, der sich auf die Wiese begab, oder des Bestellers, dem sie gehörte, eingetreten? Ist der Ochse in die Sphäre des Bestellers oder des Malers, oder sind Beide in die Sphäre des Ochsen gekommen? Es gibt eben Ereignisse, von denen sich nicht schlechthin sagen läßt, welcher von den beiden hier proponirten Sphären sie angehören. Der Begriff ist viel zu unbestimmt, um praktisch brauchbar zu sein. Wenn beim Hausbau Blitz, Ueberschwemmung, Erdbeben einen Einsturz des halbfertigen Werks verursachen: haben diese Ereignisse auf den Grund und Boden (die Sphäre des Bestellers) oder auf das Bauwerk (die Sphäre des Unternehmers) eingewirkt? Vom Blitz wird man geneigt sein, zunächst das letztere zu behaupten; die Ueberschwemmung kann den Boden aufgeweicht, aber auch die Fundamente des Baues zerbröckelt haben. Ob das Eine oder Andere der Fall war, kann in dem Trümmerhaufen hinterher kein Mensch erkennen. Und vollends ein Erdbeben? Kann nicht der Unternehmer hier geradesogut behaupten, der Boden sei mangelhaft, wie der Besteller, daß sein Boden noch geradeso intakt sei wie früher, da nur Gebäude ein Erdbeben nicht vertragen könnten? Und endlich,

selbst wenn man alle diese Fälle so oder so entschiede, — ist es nicht ungerecht, sie blos nach naturwissenschaftlichen Momenten verschieden zu entscheiden, ähnlich wie man in neuester Zeit die Entwendung von Elektrizität als Diebstahl nicht hat anerkennen wollen, weil sie naturwissenschaftlich keine „bewegliche Sache" sei? Ist es gerecht, den Blitz dem Unternehmer, die Ueberschwemmung dem Besteller zur Last zu legen? Werden dadurch wirthschaftliche Bedürfnisse befriedigt? Mit solchen unfaßbaren allgemeinen Thesen kommt man im praktischen Leben nicht fort.

Ich halte es daher für richtig, wenn das Bürgerliche Gesetzbuch in dieser Lehre einen anderen Weg eingeschlagen hat, welcher zu sichereren Ergebnissen führt; und ich hoffe zu zeigen, daß dieselben auch wirthschaftlich keinen erheblichen Bedenken unterliegen. An die Spitze stellt das Gesetz allerdings den Satz der I. Lesung, daß der Unternehmer bis zur Abnahme bezw. Vollendung des nicht abnahmefähigen Werkes, die Gefahr trägt[20]). Eine Unterscheidung nach „Sphären" wird dabei nicht gemacht. Auch durch eine Ausnahme für höhere Gewalt wird das Prinzip nicht unterbrochen[21]), sondern einzig für Mängel des Stoffes und der vom Besteller gegebenen Anweisungen die oben besprochene Ausnahme gemacht (§ 644 Satz 1, §§ 645, 646). Abgesehen davon trägt also der Unternehmer die Gefahr. Indessen:

---

20) Für den Fall einer vom Besteller angeordneten Versendung des Werkes vom Erfüllungs- an einen anderen Ort bestimmt § 644 Abs. 2, daß die Gefahr auf den Besteller übergeht, sobald die Sache dem Spediteur, Frachtführer oder der sonst mit der Versendung betrauten Person oder Anstalt übergeben worden ist. Letztere gilt gewissermaßen als Vertreterin des Bestellers. Vgl. § 447.

21) Was ebenfalls eine Quelle von Streitigkeiten geworden wäre, da dieser Begriff noch lange nicht hinreichend geklärt ist. S. Dernburg, Pandekten II § 39 Text u. Note 7.

a) Auch hier muß, wie beim Dienstvertrage[22]), der Zufall ein sog. objektiver Zufall sein, d. h. ein solcher, welcher, wenn er im Bereich des Gläubigers eintritt, doch gleichzeitig den Unternehmer objektiv verhindert, überhaupt oder in guter Qualität zu leisten. Das ist der Fall z. B. wenn das in Melioration gegebene Grundstück von Wassersfluten devastirt, der Weinberg von der Reblaus abgefressen wird. Wenn nach der Sphärentheorie der Blitz zu Lasten des Baumeisters ist, warum dann nicht auch die genannten Unglücksfälle zu Lasten des politor? Es kommt hinzu, daß der Werkmeister ein ganz bestimmtes Werk versprochen hat und Zahlung nur in dem Fall verlangen kann, daß die Herstellung vertragsmäßig ist. Ob letzteres der Fall war, läßt sich in diesen Fällen aber gerade äußerst schwer beurtheilen. Wer kann nach Einsturz des Gebäudes sagen, ob es nicht bei solider Konstruktion doch Stand gehalten hätte; ob die weggeschwemmte Saat nicht minderwerthig war, so daß der Besteller aus diesem Grunde nichts zu zahlen gehabt hätte? Es geht zu weit, ihm alle diese Rechte, deren Beweis nachträglich kaum noch möglich ist, nur um des eingetretenen Zufalls willen abzuschneiden.

b) Ganz anders liegt auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Sache, wenn der Zufall die Leistungsfähigkeit des Unternehmers für sich betrachtet nicht beeinträchtigt. Hier liegt in Wahrheit ein nur subjektiver Hinderungsgrund in der Person des Bestellers vor, welcher dem Unternehmer nicht schaden darf. Für ihn ist gleichgültig, ob der Besteller sich in einer Zwangslage befindet, z. B. ob er gestorben ist und seine Erben den angemessenen und halbfertigen Rock nicht brauchen können[23]): er kann

22) Vgl. oben § 27 bei Note 7.

23) Vgl. die Analogie bei der Dienstmiethe § 27 Anm. 8 sowie Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte.

und will ihn gerne machen, und der Tod des Bestellers hebt den Kontrakt nicht auf. Der Fall liegt geradeso, wie wenn sich der Besteller anders entschließt, also aus anderen Gründen die Arbeit nicht mehr annimmt. Der Unternehmer kann ihn hier nach den gewöhnlichen Grundsätzen in Annahmeverzug versetzen, indem er den Zufall, welcher ihn nichts angeht, einfach ignorirt und in der Arbeit fortfährt[24]). Denn nach vertragsmäßiger Herstellung ist der Besteller resp. seine Erben verpflichtet, abzunehmen (§ 640), und mangels dessen auf Grund gehörigen Angebots mindestens in mora accipiendi, die wie bemerkt, Verschulden des Gläubigers nicht voraussetzt. Will der Besteller resp. seine Erben dies Resultat vermeiden, so können sie nur nach § 649 das Werk sistiren (den Vertrag kündigen). Doch hält sich auch in diesem Fall die Wirkung durchaus im Rahmen der Regeln des Annahmeverzuges. Schon die Wortfassung der Bestimmung, welche die Folgen des Annahmeverzugs beim Dienstvertrage (§ 615 BGB) im Haupttheil reproduzirt, bringt das in der prägnantesten Manier zum Ausdruck. Der Unternehmer darf auf die Kündigung hin natürlich nicht weiterarbeiten; er thäte das auf seine Gefahr (die Annahmepflicht des Gläubigers datirt nach § 640 erst von der ordnungsmäßigen Werkvollendung ab). Aber er hat ein Recht auf die vereinbarte Vergütung — die Gegenleistung im Sinne des § 324, abzüglich dessen, was er in Folge der Nichtausführung des Werks (Auf-

die Fälle schlechter Konjunktur (§ 27 lit. b), welche den Herrn zur Entlassung seiner Arbeiter nöthigen.

24) Das ist nur in seltenen Fällen unmöglich, wie z. B. in dem von Strohal a. a. O. erwähnten Falle, wo ein Zahnarzt für eine Pauschalsumme das Plombiren von 6 Zähnen des Patienten übernommen hat und letzterer nach Plombirung des 5. Zahnes verstirbt. Abgesehen davon, daß eine solche Vereinbarung kaum vorkommen wird, löst sich der Fall, wie gleich zu zeigen, in anderer Weise ziemlich ungezwungen.

hebung des Kontrakts) an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig zu erwerben unterläßt. Von diesen Abzügen und ihrem Grund ist oben schon gehandelt worden[25]). Wie diese Vorschrift sich im partiarischen Betrieb gestaltet, muß hier einstweilen ebenso dahingestellt bleiben, wie die besondere Regelung desjenigen Annahmeverzuges, der darauf beruht, daß der Besteller nur die zur Herstellung des Werks von seiner Seite erforderlichen Hülfshandlungen unterläßt. Für letzteren Fall gelten besondere Regeln, die ebenfalls mit Rücksicht auf die partiarische Gestaltung des Kontrakts zum Gegenstand besonderer Besprechung zu machen sind (s. darüber unten die §§ 50—52).

c) Nicht selten ist das Werk in Theilen abzunehmen und die Vergütung für jeden Theil bei dessen Abnahme fällig (§ 641). Es geht dann die Gefahr der einzelnen Theile sofort mit ihrer Abnahme bezw. dem Annahmeverzuge des Bestellers auf den letzteren über. Bei nicht abnahmefähigen Werken tritt auch in dieser Hinsicht an die Stelle der Abnahme die bloße Vollendung der einzelnen Theile (§ 646), sodaß der Unternehmer also in diesen Fällen schon ohne Weiteres für alle fertiggestellten Partien seines Werks gesichert ist.

Zu a—c). — Aus dem Gesagten ergibt sich, daß der allgemeine Satz von der Gefahrtragung des Unternehmers bis zur Abnahme des Werkes von zahlreichen Ausnahmen durchbrochen wird, so daß wir dadurch zu einem, wenn auch vom römischen Recht und manchen anderen Gesetzgebungen abweichenden, aber dennoch für die meisten Fälle durchaus annehmbaren Ergebnisse gelangen. Eine Nachprüfung der von Strohal in's Feld geführten Beispiele wird das bestätigen. Vor Allem aber hat die Regelung

25) Vgl. oben § 28.

des Bürgerlichen Gesetzbuches, was gar nicht hoch genug veranschlagt werden kann, den Vorzug der Sicherheit vor allen anderen Formulirungen voraus.

In erster Linie führt Strohal das Beispiel des Malers an, der auf Bestellung ein Portrait zu fertigen hat. Geht letzteres während der Arbeit im Atelier des Malers zu Grunde, so ist alle Welt darüber einig, daß er den Schaden zu tragen hat. Läßt sich der Herr in seinem Hause portraitiren und das Bild wird hier vor der Vollendung durch das Verschulden eines Dritten zerstört, so kann der Maler nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch zwar nicht das ganze Honorar, wohl aber einen der schon geleisteten Arbeit entsprechenden Theil der Vergütung und eventuell Ersatz der Leinwand 2c. verlangen. Denn offenbar liegt im Verlangen des Herrn, zu Hause portraitirt zu werden, eine Anweisung in Betreff der Ausführung des Werks, deren Folgen in dem in § 645 BGB. bezeichneten Umfang auf den Besteller selbst zurückfallen. Diese Lösung ist aber auch viel gerechter, als die schablonenmäßige, daß der Maler für ein vielleicht erst in den Grundzügen angelegtes Bild unter dem Gesichtspunkt der „Gefahrtragung des Herrn für Umstände, die sich in seiner Sphäre ereignen", den vollen Werklohn verlangen kann[26]). Auch wenn der Untergang des Werkes dadurch eintritt, daß das Haus des Bestellers abbrennt, ist das Resultat das gleiche. Denn es bleibt auch in diesem Fall nicht minder wahr, daß der Untergang des Werkes in Folge der Anweisung des Bestellers eingetreten ist, daß er in seinem Hause portraitirt werden wollte. Hat dagegen ein Künstler Fresken in einer

26) Hat der Unternehmer in solchen Fällen einen größeren Schaden erlitten, so wird er diesen, da doch meist hier ein Verschulden eines Anderen, z. B. des Dienstpersonals des Bestellers, unterläuft, vielfach unter dem Gesichtspunkt der §§ 831 ff. BGB auch vom Besteller fordern können.

Kirche oder einem sonstigen Gebäude zu malen übernommen, und das Gebäude stürzt während der Arbeit ein, so kann man nicht in gleicher Weise den Umstand, daß der Künstler nicht zu Hause sondern in jenem Raume arbeitet, als eine für die Ausführung des Werks ertheilte Anweisung ansehen. Denn die Herstellung des Werks ist hier nicht anders möglich als in jenem Raume. Deshalb ist aber auch nicht richtig, zu sagen, das Werk sei hier durch einen in der Sphäre des Bestellers eingetretenen Zufall zu Grunde gegangen. Da die Herstellung des Werkes nur in jener Sphäre möglich ist, so hat der Werkmeister hier nothwendig die eigene Sphäre in diejenige des Bestellers hineingetragen. Die Sphäre des Malers ist doch sein ganzer Arbeitsbereich in dem konkreten Falle, und der ist hier nothwendig in jenem fremden Raume. Stürzt also das Gebäude ein, so wird es darauf ankommen, aus welchem Grunde das geschah. Geschah es aus Baufälligkeit, so kann der Künstler wieder den Theil des Honorars, der seiner schon geleisteten Arbeit entspricht, nebst sonstigen eventuellen Auslagen von dem Besteller herausverlangen; denn es liegt ein Mangel des Stoffes vor, der den Besteller geradeso mit der Gefahr belastet, wie die von ihm ertheilten Anweisungen für die Arbeit im ersten Falle. Der Künstler ist auch nicht ein Mann, welcher das Bauwerk, das er mit Fresken schmücken soll, auf seine Haltbarkeit zu prüfen hat. Geht aber das Gebäude durch Blitz, Erdbeben oder Feuersbrunst zu Grunde, so kann man, wie bemerkt, auch aus der Sphärentheorie heraus zu keinem anderen Ergebniß kommen, als daß der Maler die Gefahr des Untergangs des angefangenen Werks trägt. Denn dieser Unfall trifft seine Sphäre hier ebenso, wie diejenige des Bestellers. — Dasselbe würde denn an sich auch für den Tapezierer zutreffen, der einen Neubau auszustatten hat, wenn das Gebäude hinterher ein Raub der Flammen wird. Aber zu Gunsten solcher niederen Arbeit

wird in den meisten Fällen die Vorschrift des § 641 aushelfen, wonach derartige Arbeit als stückweise oder nach Maß übernommen anzusehen ist, so daß mit ihrer schrittweisen Vollendung auch die Abnahme bezw. der Gefahrübergang auf den Bauherrn verbunden ist. Derartige kleine Unternehmer resp. Arbeiter kontrahiren doch in erster Linie immer auf den üblichen Preis im Sinne des § 632, wie wir noch unten für die Fälle der partiarischen Werkverdingung besonders auszuführen haben werden[27]), und die getroffene Vereinbarung ist daher auch zunächst in diesem Sinne auszulegen. Tapezierer, Anstreicher u. dgl. statten nicht wie ein Künstler ein Gebäude als solches aus, sondern arbeiten regelmäßig nach Quadratmetern oder anderen Maßen; und was von diesen fertig ist, muß nach Maßgabe des § 641 (Abnahme, Vollendung) auch für die Gefahrtragung als erledigt gelten[28]). — Beim Zahnarzt endlich, der so unvorsichtig war, statt die Medizinaltaxe walten zu lassen, die Herstellung des Gebisses eines Patienten gegen eine Aversionalsumme zu übernehmen, während der Patient, nachdem ihm einige Zähne plombirt sind, plötzlich — ich will annehmen nicht unter den Händen des Zahnkünstlers

27) S. u. § 46.

28) Der Ausdruck: die Vergütung müsse für die einzelnen Theile bestimmt sein, bildet kein Hinderniß. Ist nur das Werk als solches in der im Text bezeichneten Weise theilbar, so steht die Abrede der Vergütung wie stets unter dem Grundsatz der Auslegung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 157). Und danach wird sich oft herausstellen, daß auch ein scheinbarer Aversionalpreis in Wirklichkeit nur eine summarische Festsetzung für Stücklohn, und die bedungene Vergütung für die einzelnen Theile leicht zu ermitteln ist. Nur eine wahre Uebernahme der Ausstattungsarbeit gegen einen Gesammtpreis ist von der Regel des § 641 ausgenommen. Cf. l. 36 Dig. locati (19, 2). Dann nähert sich die Arbeit aber auch schon mehr dem Kunstgewerbe, und muß sich der Unternehmer in anderer Weise schützen. Das geschieht vor Allem durch Versicherung, die auch bei Neubauten vollkommen üblich ist. Das gilt auch für die meisten andern in lit. a erwähnten Fälle.

— verstirbt, so wäre hier wohl kaum genügender Anlaß für das Gesetz, zu helfen, und wir würden diesen Fall auf sich beruhen lassen, wenn er nicht bei einiger Verschiebung bedeutend größeres praktisches Interesse erweckte. Es ist nämlich gar nicht selten, daß Aerzte, Zahnärzte u. dgl. die Behandlung eines Patienten bezw. die Instandhaltung seines Gebisses u. dgl. für eine jährliche Aversionalsumme übernehmen, und hier zeigt sich alsbald, daß dieser Fall eigentlich gar keine locatio-conductio operis, sondern vielmehr ein gewöhnlicher Dienstvertrag oder ein aus beiden gemischtes Verhältniß (s. § 36) ist. Es kann also, wenn der Patient vor Anbringung der letzten Plombe oder vor Ablauf des Jahres stirbt, in Ermangelung der verdienten Aversionalsumme nach den Grundsätzen des Dienst- und Werkvertrags eine der geleisteten Arbeit entsprechende Vergütung verlangt werden, da jedenfalls durch diesen in der Person des Bestellers eingetretenen Grund ohne Aufhebung des Kontrakts als solchen gleichwohl die Arbeit *sistirt* ist (s. §§ 615, 626, 628, 649). Die Sistirung ist durch den Tod des Patienten ohne Weiteres gegeben.

d) Der Vollständigkeit halber mag schließlich hier auch noch die Frage nach dem Einfluß einer einseitigen *culpa des Bestellers*[29]) als Ursache der Nichtausführbarkeit, des Unterganges oder der Verschlechterung des Werks gestreift werden. Die culpa kann in der Lieferung des Stoffs, in der Ertheilung der Anweisungen für die Ausführung, nicht minder aber darin liegen, daß der Besteller nach vertragsmäßiger Herstellung des abnahmefähigen Werks das letztere nicht abnimmt. Denn dazu ist er nach § 640 verpflichtet, kann also damit nicht nur in Annahme-, sondern in Erfüllungsverzug gerathen, wenn nur die sonstigen Voraussetzungen des letzteren (§§ 284, 285) vorliegen. Dagegen

29) Im Gegensatz zum Fall bei Note 12 u. 13.

ist hier ebensowenig wie beim Dienstvertrage schon aus der partiarischen Abfassung des Kontrakts zu schließen, daß der Besteller, um dem Unternehmer die Quote zu verschaffen, schon vor der Herstellung des Werks zur Mitwirkung an der Arbeit, soweit sie Voraussetzung der Herstellung ist, verpflichtet sei, sodaß er durch das Unterlassen dieser Mitwirkung in Erfüllungsverzug gerathen könnte. Das würde mit dem auch hier vorhandenen Sistirungsrecht der Arbeit in direktem Widerspruch stehen. Der Besteller muß vielmehr erst nach der vertragsmäßigen Herstellung des Werkes annehmen; bis dahin ist er in seinen Entschließungen ganz frei, und ist der Unternehmer nur nach den Grundsätzen des Annahmeverzugs geschützt. Vor Allem kann sich ein Erfüllungsverzug des Bestellers daraus entwickeln, daß er den Lohn nicht zahlen kann und deshalb (nach § 641) auch nicht abnimmt. Hier haftet er für allen Schaden (§§ 286 ff.), und hat der Unternehmer die in § 326 erwähnten Rechte. Geht das Werk während der Verzugszeit durch einen Zufall zu Grunde, so hat der Unternehmer selbstverständlich Anspruch auf den Lohn bezw. Schadensersatz: insbesondere auch dafür, daß im partiarischen Vertrag die Lohnquote selbst mit unterging, also vom Besteller nicht mehr geleistet werden kann (vgl. §§ 287, 325). Der Besteller hat sich hier durch sein Verschulden selbst aus der Lage gebracht, seinen Vertragspflichten zu genügen und muß dafür Ersatz geben.

4. Anwendung auf Quotalverträge. Surrogatlohn.

§ 46.

Vom letzterwähnten Falle des Ersatzes (für verschuldete Unmöglichkeit der Quotenleistung) abgesehen, erhebt sich beim partiarischen Kontrakt die Frage, inwiefern der Besteller, wo er nach den besprochenen allgemeinen Grundsätzen zur Lohnzahlung verpflichtet ist, dieser Verpflichtung zu genügen

hat, wo der bedungene Lohn — die Quote — nicht existirt, weil eben das Werk, von dem sie zu entnehmen, unausführbar geworden, untergegangen oder verschlechtert ist.

Am einfachsten ist noch die Sachlage, wenn, wie im Falle des § 645, ein der geleisteten Arbeit entsprechender Theil der bedungenen Vergütung zu zahlen und blos das Werk verschlechtert ist. Hier wird der Unternehmer regelmäßig wohl nur die Quote vom verschlechterten Produkt zu leisten haben[1]). Allerdings kann die Herstellung des Werks aus schlechtem Stoff und nach unzweckmäßigen Anweisungen in schlechterer Qualität dem Unternehmer unter Umständen mehr Arbeit machen, als gute Herstellung unter verhältnißmäßig besseren Bedingungen. Aber die größere Mühe als solche wird hier nicht eingeschätzt, zumal sie sich auch meist der Wahrnehmung dritter Personen entzieht. Der Unternehmer kann neben der Quote nur seine mit diesen Umständen verbundenen höheren Auslagen verlangen. Die „geleistete Arbeit" im Sinne des § 645 ist das Werk in seinem Zustand zur Zeit des Untergangs oder in seiner Verschlechterung bezw. der unausführbar gewordene Torso. Wo das Gesetz die Arbeitskraft als solche honoriren will, drückt es sich anders aus (vgl. § 642 Abs. 2, § 649). In unserm Falle soll das effektiv Geschaffene im Verhältniß zu dem projektirten Erfolge honorirt werden und daneben eine besondere Vergütung für Mehrauslagen stattfinden. Die hiernach zuzubilligende Lohnportion im partiarischen Vertrage besteht aber bei Verschlechterung des Werkes einfach in Gewährung der ausbedungenen Quote vom Werke wie es liegt, nicht aber in einer Verminderung der Quote, was hier einen doppelten Lohnabzug bedeuten würde.

Dagegen ist bei Untergang und Unausführbarkeit des

1) Dazu tritt dann noch eventuell der in § 645 erwähnte Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen: in Geld. S. auch unten § 51 nach Note 3.

Werks kein Resultat vorhanden, von welchem der bedungene Lohn genommen werden könnte. Der Torso steht einem blos verschlechterten Werk nicht gleich. Das letztere ist immerhin vollendet. Es kann also der Unternehmer nicht auf den Torso verwiesen werden[2]). Ebensowenig kann, wenn das Werk vollendet und die Gefahr auf den Besteller übergegangen war, behauptet werden, der Unternehmer habe in dem fertigen Werk, das hinterher zu Grunde ging[3]), die Quote schon besessen, die ihm als Lohn gebühre, und letztere sei daher ihm selbst und nicht dem Besteller untergegangen[4]). Vor Restitution durch den Besteller hat er sie nicht erworben. Immerhin fällt durch die partiarische Lohnklausel die Gefahr der Quote auf den Unternehmer zurück, indem bei einem vom Besteller nicht zu vertretenden Untergang des Werks auch eine kasuelle Unmöglichkeit der Lohnzahlung eintritt, die den Besteller nach allgemeinen Grundsätzen von der Quotenleistung befreit. Der bloße Annahmeverzug stellt einen solchen vom Besteller zu vertretenden Umstand nicht dar. Hier hält sich die Ersatzpflicht in dem bekannten Rahmen des § 304[5]). Wenn auch die Umstände, welche der Schuldner nach Maßgabe der §§ 275, 276 zu vertreten hat, nicht blos verschuldete sein können,

2) Vielmehr stellt dieser meist nur eine Last für den Unternehmer dar, deretwegen er (für Wegschaffung ꝛc.) Ersatz seiner besonderen Auslagen (Anm. 1) verlangen kann.

3) Selbstverständlich nicht durch ein Verhalten des Unternehmers, für welches er aus allgemeinen Grundsätzen nach Lage der Sache verantwortlich ist.

4) Nach Art der Argumentation von Waaser bei der Theilpacht, daß etwa beim Quotalvertrag der Lohn in eigenen Sachen des Quotalberechtigten bestehe. Vgl. über das Eigenthum am Werke oben § 37 Anm. 13 ff. u. § 39. Die innere Verkehrtheit des Gedankens springt hier in die Augen.

5) Ersatz der Mehraufwendungen für das erfolglose Angebot der Leistung sowie für Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes. — Von dem Spezialfall des § 642 wird unten in § 50 die Rede sein.

so gehört der Annahmeverzug doch zweifellos nicht zu denselben, da es ein Recht des Gläubigers ist, nicht anzunehmen[6]), — ein Recht, das durch die partiarische Lohnklausel nicht alterirt wird. Daher wird auch in § 324 für das Recht auf Gegenleistung bei eingetretener Unmöglichkeit der eigenen Leistung die Voraussetzung des Annahmeverzugs des Gegners besonders neben den Umständen genannt, welche der Gegner zu vertreten hat.

Liegt also keine culpa des Bestellers vor und handelt es sich nicht blos um Zubilligung einer der geleisteten Arbeit entsprechenden Vergütung im Falle bloßer Verschlechterung des Werks (§ 645), so tritt hier wieder das Problem an uns heran, dem Unternehmer, der die Gefahr des Werks nicht trägt, gleichwohl aber aus der partiarischen Lohnklausel in Folge Unausführbarkeit oder gänzlichen Untergangs des Werkes Nichts erhält, im Rahmen der im vorigen Paragraphen festgestellten Grundsätze einen Surrogatlohn zuzubilligen, damit er gegen Recht und Billigkeit nicht leer ausgeht.

Die Frage ist wie bei dem Dienstvertrage[7]) dahin zu beantworten, daß in Ermangelung einer gegentheiligen Verabredung der Unternehmer im Allgemeinen einen Anspruch auf Vergütung[8]) hat, wenn die Herstellung des Werks den Umständen nach nur gegen Vergütung zu erwarten war, und daß in Ermangelung einer besonders fixirten Höhe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung in dieser Hinsicht als vereinbart anzusehen ist (§ 632). Wann die Herstellung des Werkes nach den Umständen nur gegen Vergütung zu erwarten war, bestim-

6) Das ändert sich erst nach vertragsmäßiger Herstellung des Werks. Vgl. oben § 45 lit. d.

7) S. oben § 29 insbes. nach Anm. 3.

8) D. h. wirkliche Vergütung, — keine, wie wir sahen, unter Umständen illusorische Quotenforderung.

men die Verkehrsgrundsätze. Vor Allem fordert jede gewerbliche Dienstleistung auch in diesem Falle regelmäßig ihren Lohn, und letzterer kann dem Unternehmer auf Grund der partiarischen Klausel nur dann entzogen werden, wenn in dem Eingehen dieser Klausel ein Verzicht des Arbeiters auf den gewöhnlichen Lohn zu finden ist. Mit der Annahme eines solchen Verzichts wird man sehr vorsichtig sein müssen, wenn auf Grund der Klausel jedweder Lohn für den Arbeiter entfallen würde[9]). Denn daran hat er beim Kontraktschluß schwerlich gedacht. Wird also die partiarische Klausel inhaltslos, während die Arbeit des Unternehmers nur gegen Vergütung zu erwarten war, und liegt auch der erwähnte Verzicht auf den gewöhnlichen, für alle Unternehmungen der betreffenden Art zahlbaren Lohn nicht vor, so ist der letztere zu Grunde zu legen, soweit Besteller für das nicht ausführbare oder eingestellte resp. untergegangene Werk den Lohn oder einen verhältnißmäßigen Theil des Lohnes zu zahlen hat. Auf diesen sog. Surrogatlohn wird also nach Maßgabe der früheren Ausführungen auch in diesem Falle unter Umständen bei Unergiebigkeit der partiarischen Lohnklausel zu rekurriren sein.

5. Partiarischer Werklohn.

§ 47.

a) Berechnung der Quote. Fälligkeit.

Der partiarische Werklohn besteht in einem Antheil des Unternehmers am Arbeitsertrage. Da aber der Werkvertrag auf Herstellung eines einzelnen Werks oder Erfolges — nicht auf fortgesetzte Dienstleistungen und deren Erträgnisse — gerichtet ist, so kommt hier regelmäßig nur ein

9) Es gilt in dieser Hinsicht das in § 29 Anm. 4ff. Gesagte. Ist neben der Quote ein anderer fester Lohnsatz verabredet, so daß die Quote gewissermaßen nur als ein für günstigen Ausfall der Arbeit gewährter Zuschlag anzusehen ist, so wird man bei schlechtem

einmaliger Gewinn in Frage, von dem die Quote sich berechnet. Damit entfallen manche Schwierigkeiten der Quotalberechnung, namentlich bei Dienstverträgen von längerer Dauer, andere erheben sich neu. Die Quote bemißt sich nur vom fertigen Werk. Sie ist daher erst nach erfolgter Abnahme des Werks bezw. nach Vollendung (§ 646) desselben fällig. Nur wenn das Werk in Theilen abzunehmen ist und die Vergütung für die einzelnen Theile bestimmt war, so ist sie nach Fertigstellung dieser resp. bei Abnahme derselben zu entrichten (§ 641). Letzteres wird z. B. wie wir schon sahen, bei manchen niederen Dienstleistungen, die nach dem Stück oder nach Maß erfolgen, regelmäßig der Fall sein; nicht minder aber auch bei den landwirthschaftlichen Meliorationskontrakten, indem doch hier alljährlich oder nach Maßgabe der natürlichen Fruchtperioden der erzielte und beabsichtigtermaßen gebesserte Ertrag dem Eigenthümer und Besteller abzuliefern und die Quote auszutheilen ist. Das Resultat wird also in dieser Hinsicht von dem oben für die landwirthschaftlichen Dienstverträge aufgestellten kaum verschieden sein [1]). Dagegen sind die daselbst für die industriellen Quotallohnverträge angenommenen Fälligkeitstermine (nach Maßgabe der gewerblichen Rechnungsperioden, Jahresabschlüsse) hier nicht brauchbar. Der Werkvertrag setzt seiner Natur nach nicht ein stetiges [2]) sondern vorübergehendes Verhältniß, auch wenn die Arbeit vielleicht längere Zeit erfordert. Daher tritt keine Fälligkeit der Lohnforderung nach Jahres- oder sonstigen perio-

---

Ausfall einen Verzicht annehmen müssen; es sei denn, daß die feste Grundtaxe in ihrer Höhe den üblichen Lohn nicht erreicht. Bei partiarisch bedungenem Frachtlohn (s. oben § 38 Note 6) wird regelmäßig Verzicht anzunehmen sein wenn und soweit die projektirte Versendung nicht gelingt.

1) S. oben § 31.

2) Kein diurnum officium des Arbeitenden. L. 1 Dig. de operis (38, 1).

dischen Einnahmen des Bestellers, sondern nur nach Maßgabe der fertig gestellten resp. abgenommenen Arbeit ein; es sei denn, daß die Quote von den Erträgnissen des Werks[3]) genommen werden soll, die periodisch wiederkehren (also in einer Fruktifikationsquote besteht), oder daß wegen der in concreto stattzufindenden successiven Theilherstellung eine mehrmalige Quotenleistung von eben diesen Theilen zu erfolgen hat. Der Zeitpunkt der Fälligkeit beurtheilt sich hier nach den Umständen, insbesondere nach der Natur der übernommenen Arbeit, wie bei den schon erwähnten landwirthschaftlichen Meliorationskontrakten, wo eine solche periodische Vergütung als stillschweigend bedungen angenommen werden muß. In anderen Fällen ist die Sache manchmal recht zweifelhaft. Z. B. der dem Impresario versprochene Antheil an den Künstlereinnahmen kann sich ebensowohl auf eine Quote am Ertrag der ganzen Künstlerreise, als an der Einnahme in den einzelnen besuchten Städten beziehen, was, wenn der Künstler in der einen Stadt Erfolg hat, in der anderen Fiasko macht, unter Umständen zu einem ganz verschiedenen Lohnergebniß führt. Hier wird im Zweifel darauf zu sehen sein, ob nach den Umständen des Falles angenommen werden kann, daß der Impresario dem Künstler für die ganze Dauer der Reise kreditiren wollte oder dadurch, daß er die Einnahmen selbst einzog und verrechnete, für die gesammte Reisezeit gedeckt war. Im andern Falle muß sicher angenommen werden, daß er von jeder Einnahme des Künstlers seinen Antheil verlangen wollte. Oft kommt es darauf an, ob der vollendete und abgenommene Theil selbständigen Ertrag abwirft, was bei wissenschaftlichen und künstlerischen Produktionen oft vorkommt, wenn auch der Urheber des Werks noch lebt und eine Fortsetzung beabsichtigt. Es entscheidet

3) S. oben § 38 Anm. 15 ff.

hier lediglich die Auslegung des einzelnen Vertrages; alles Schematische, Schablonenmäßige, wie es beim Dienstvertrage gang und gäbe ist, erscheint hier ausgeschlossen.

Freilich ist diese Trennung im Einzelnen nicht überall so durchzuführen, wie sie sich aus dem Wesen der beiden Arbeitsverträge grundsätzlich ergibt, und zur Beantwortung mancher Detailfragen sind analogische Betrachtungen bisweilen unerläßlich. Wird die Quote aus fortlaufenden Erträgnissen des fertigen Werks geschuldet, so hat der Lohnanspruch des Unternehmers unzweifelhaft gewisse Aehnlichkeit mit der Tantième des Arbeiters im Quotaldienstvertrage, obschon die Thätigkeit des Unternehmers schon abgeschlossen ist. Auch hat der letztere hier zwar auf periodische Verrechnung und Ablieferung seines Antheils der Einnahmen Anspruch, aber doch nur vom Erträgniß *seines Werks*[4]) — nicht vom gesammten Geschäftsbetriebe des Bestellers[5]), der die Verwerthung jetzt besorgt. Daher bedarf es für die Feststellung der Rechtsbeziehungen des Unternehmers und des Bestellers, welchem die wirthschaftliche Ausnutzung des Werkes obliegt, regelmäßig eines *Spezialkontos*, welches die Einnahmen und Unkosten der Verwerthung des Werks gesondert aufführt. Daraus ergibt sich, daß auch hier die usuelle Abrechnungsmethode des Prinzipals mit seinen partiarisch Angestellten für das Verhältniß des Werkmeisters und des Bestellers im Allgemeinen nicht maßgebend sein kann, sondern daß der Werkvertrag auch in der vorliegenden Beziehung das individuelle eigenartige Gepräge, das ihn auszeichnet, bewahrt. Daher steht nichts entgegen und ist es vollkommen gebräuchlich, daß der Werkmeister sich

4) Nach der oben § 25 vor Note 13 erfolgten Begriffsbestimmung ist also der Ausdruck: „Tantième" in diesem Fall nicht ganz korrekt. Vgl. auch unten § 49 nach Note 5.

5) Oder einem bestimmten Geschäftszweige, z. B. einer Filiale u. dgl. S. oben § 25 bei Note 2.

hier spezielle Fälligkeitstermine ausbedingt, an welchen ihm von dem alsdann eingegangenen Gewinn sein Antheil auszuzahlen ist. Diese Termine werden regelmäßig kürzer sein, als die allgemeinen Abrechnungsperioden, die im Geschäftsbetriebe des Bestellers üblich oder gesetzlich vorgeschrieben sind; z. B. ist bedungene monatliche Auszahlung in solchen Fällen gar nichts Seltenes[6]). Ist nichts bedungen, so wird der Besteller freilich einwenden können, daß er vor Ablauf seiner gewöhnlichen Geschäfts- und Rechnungsperioden zu einer Ermittelung des Gewinnergebnisses (durch Auszug aus den Büchern 2c.) nicht im Stande sei, sofern sich eine entgegengesetzte Verpflichtung nicht aus besonderen Umständen (z. B. der Orts- oder Verkehrssitte) ergibt. Subsidiarisch wird die Auszahlung des Werklohns aus derartigen Erträgnissen jedenfalls zu ganz denselben Zeiten gefordert werden können, wie oben hinsichtlich des Dienstlohns festgestellt worden ist. Bei Einstellung der Verwerthung des Werks kann der Besteller sich keinesfalls von seiner Pflicht der Lohnzahlung befreien[7]) und schuldet eventuell Ersatz (s. o. S. 269 ff.).

§ 48.

b) Kontrole.

Der tiefgreifende Unterschied des Dienst- und Werkvertrages zeigt sich auch in der Kontrole, die der Werkmeister

6) S. auch den in den Beiträgen zur Erläut. des deutschen Rechts Bd. 35 S. 120 erwähnten Fall.

7) Es wird zu unterscheiden sein, ob der Werkmeister auf die Verwerthung seines Werks als solche oder nur auf die Lohnquote aus dieser Verwerthung Anspruch hat. Z. B. dem Komponisten der Begleitmusik kann daran liegen, daß seine Tondichtung auch zu Gehör gelangt. Dem Erfinder des in der vorigen Anmerkung erwähnten patentirten Verfahrens zur Fabrikation von Wollfilzhüten liegt nur an der Abgabe, die er von jedem Hut erhält. Geht der Anspruch des Werkmeisters nur auf den Lohn, so kann mangels gehöriger Verwerthung seines Werks durch den Besteller nur Ersatzansprüche erheben, wobei der muthmaßliche Ertrag des Werks zur Abschätzung gelangt.

zur Sicherung seines Lohnanspruchs auszuüben berechtigt ist. Seine Rechte in dieser Hinsicht sind bedeutend enger begrenzt, als die des partiarisch Angestellten. Denn er hat keinen Antheil am gesammten Geschäftsgewinn aus dem Betriebe des Bestellers, sondern nur aus dem Ertrage seines Werks. Das wirthschaftliche Resultat des sonstigen (Gesammt)betriebes seines Schuldners geht also den Werkmeister überhaupt nichts an; daher auch nicht die Geschäftsbilanz dieses Betriebs und nicht die Bücher, soweit dieselben als Unterlage und Rechtfertigung der Bilanz dienen. Auf deren Vorlage oder Mittheilung hat daher der Werkmeister keinen Anspruch. Seine Lohnforderung setzt ihrer Natur nach eine Spezialberechnung über das Werk bezw. die daraus herrührenden Erträgnisse voraus, die von dem übrigen Betriebsergebniß unabhängig ist. Nur die Mittheilung eines Spezialkontos (Buchauszug) oder sonstigen Verzeichnisses über die Verwerthung des Werkes ist erforderlich. Auf diese Mittheilung allein hat der Werkmeister ein Recht[1]) und wird nur unter ganz besonderen Umständen zur näheren Prüfung gewisser Posten die Einsicht einzelner Eintragungen in den Geschäftsbüchern des Bestellers fordern dürfen, wenn nämlich ohnedies sein Kontrolrecht gänzlich illusorisch wäre. Die allgemeine Editionspflicht des § 810 BGB muß solchenfalls auch hinsichtlich einzelner Eintragungen, die sich auf den Editionssucher beziehen, als vorhanden anerkannt werden[2]). Daß sie nur unter denselben Vorsichtsmaßregeln

1) Also in keinem Falle auf formelle Rechnungslegung. In dieser Beziehung gilt a fortiori Alles, was beim Dienstvertrage ausgeführt worden ist. Vgl. oben § 32 nach Note 5.

2) Im Wesentlichen aus den oben § 32 bei Note 18 hervorgehobenen Gründen. Nur ist der Umfang der Editionspflicht hier beschränkter. Denn nur an der Einsicht ganz spezieller Posten aus einzelnen Büchern hat der Editionssucher in diesem Fall ein rechtliches Interesse. S. dazu die Entsch. d. RG in Seuff. Archiv Bd. 37 N. 348 S. 471; Entsch. d. RG Bd. 15 S. 380 u. Cit. und ganz

und Kautelen, wie zu Gunsten des Prinzipals gegenüber seinem partiarisch Angestellten stattfindet, versteht sich von selbst. Jedwede versuchte Ueberschreitung dieser Grenzen gibt dem Besteller ein Weigerungsrecht[3]), sodaß er auch nicht für die Kosten haftet, wenn der Werkmeister alsdann zum Zweck der Durchsetzung der Prüfung den Weg der Klage beschreiten muß. Damit erledigt sich auch das Bedenken, daß dem Besteller nicht wohl zugemuthet werden könne, ohne richterliche Anordnung und Mitwirkung einem Fremden seine Bücher zur Einsicht offen zu legen (s. auch § 811 BGB). Ueberhaupt wird hier wohl in den meisten Fällen die Vorlegung eines einzelnen Buchs genügen, dessen Einsichtnahme die Interessen des Geschäftsherrn nicht besonders schädigt: z. B. des Verkaufsjournals über den erfolgten Absatz des Arbeitsprodukts, oder eines Fabrikationsbuchs über die Anzahl der mit dem Werke hergestellten Erzeugnisse, oder die Zusammenstellung der täglichen Einnahmen der Kunstreise oder Ausstellung ꝛc. Zur Abschneidung von Zweifeln und Weiterungen wird der Werkmeister in allen Fällen gutthun, sich die Art der Kontrole, wenn eine solche zur eventuellen Richtigstellung seines Lohnanspruchs erforderlich erscheint, besonders auszubedingen. So war in dem

---

besonders das Urtheil des I. CivSen. d. RG v. 5. Mai 1894 i. d. Jur. Wochenschrift 1894 S. 317.

Zwar hat die Handelsrechtsnovelle § 91 für den Provisionsanspruch des Handlungsagenten die civilistische Editionspflicht verneint (dagegen u. A. Cohn, Zur Revision des Handelsgesetzbuchs, im Archiv für bürg. Recht Bd. 12 S. 241); aber abgesehen davon, daß dort die allgemeine prozessuale Editionspflicht der Handelsbücher (§ 45 HGB) vielfach aushilft, handelt es sich in unserem Falle nicht um gewöhnliche Provision, sondern um einen Gewinnantheil des Unternehmers, welcher von der betr. Vorschrift nicht betroffen wird und ohne Buchkontrole häufig nur ein nudum ius darstellen würde. Auch das in § 32 nach Note 22 Gesagte ist (mit Beziehung auf den Buchauszug) hier analogisch anwendbar.

3) Vgl. dazu oben § 32 Note 15 u. 25.

oben § 47 Note 6 erwähnten Falle ausgemacht, daß die Anzahl der nach dem vom Werkmeister erfundenen und in der Fabrik der Besteller eingeführten Verfahren täglich hergestellten Wollfilzhüte in ein eigenes Buch vermerkt, und dem Werkmeister nach monatlicher Einsicht desselben die bedungene Abgabe von jedem nach Maßgabe des Buches hergestellten Wollfilzhut ausbezahlt werden sollte.

Kommt es zum Rechtsstreit über den Lohn, so macht die Vorlage der Bücher des Bestellers, soweit sie nach den obigen Ausführungen sachlich gerechtfertigt erscheint bezw. ein Bedürfniß dazu vorliegt, regelmäßig keine Schwierigkeiten. Bei Handelsbüchern schon deshalb nicht, weil deren Vorlage gegebenenfalls nach allgemeiner Vorschrift des § 45 HGB nach dem Ermessen des Gerichtes angeordnet werden kann; aber auch nicht bei andern Geschäftsbüchern, weil der Besteller sich im Rechtsstreit über die Lohnquote regelmäßig nur mittelst der Erklärung vertheidigen kann, daß der Ertrag bezw. die stattgefundene sonstige Verwerthung des Werks nach seinen Büchern einen gewissen Geldbetrag nicht übersteige. Diese Erklärung involvirt aber die prozessuale Editionspflicht nach Maßgabe der §§ 133 und 388 CPO auch in den Fällen, in denen die besondere des Handelsrechts versagt. Man sieht, wir kommen überall zum gleichen Ziele[4]). —

In weitaus den meisten Fällen bedarf übrigens der Unternehmer keines Schutzes, da er selbst es ist, welcher die

4) Aehnlich verhält es sich, wenn mehrere Geschäftsbesorgungen übernommen sind mit der (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Vereinbarung, daß der partiarisch bemessene Lohn später für alle Besorgungen zusammen ausbezahlt werden soll. Sofern nicht, was auch vorkommt, der Vertrag hier ein gemischter (aus Dienst- und Werkvertrag zusammengesetzter) ist, gelten die oben ausgeführten Grundsätze. Auch hier wird der Beauftragte nur nach dem Erfolg der einzelnen ihm zugewiesenen Geschäfte entlohnt und hat ein dementsprechendes Kontrolrecht. Nähere Ausgestaltung dieses Verhältnisses im Handelsrecht. S. auch unten §§ 59 ff.

Arbeit vollzieht und nach derselben das Resultat in Händen hat, bis bei der Abnahme die partiarische Entlohnung (gewissermaßen kontradiktorisch) erfolgt. Weit überwiegend ist hier umgekehrt dem Besteller zu Hülfe zu kommen, welcher sich bei diesem Verhältniß in einer ähnlichen Lage befindet, wie der Verpächter bei der Theilpacht. Zwar arbeitet der Unternehmer nicht für sich, sondern für den Besteller und im Allgemeinen auch nach dessen Weisungen; aber doch, wie wir gesehen haben, verhältnißmäßig selbständig, so daß das Resultat sich nicht in allen Fällen vom Besteller übersehen läßt. Nicht selten liegt es freilich klar am Tage; wie beispielsweise bei Versendungen, wo das Werk nur in Veränderung der Ortsbeziehungen eines Gegenstands besteht, welcher an sich derselbe bleibt[5]). Bei der Verfertigung kann das Resultat bald leicht, bald schwer zu übersehen sein. Leicht ist die Uebersicht, wenn individuell bestimmte Gegenstände anzufertigen oder zu verändern sind; handelt es sich dagegen um ein Genus — eine von dem Unternehmer herzustellende Masse, wobei die partiarische Klausel wesentlich den Sinn hat, die Größe oder Güte des Arbeitsquantums zu steigern — so steht der Besteller dem Unternehmer ähnlich gegenüber, wie der Verpächter eines Landguts dem Partiarkolonen, der auch (wirthschaftlich betrachtet) einen Antheil des Gesammterträgnisses für sich behält, einen andern seinem Mitkontrahenten abzuliefern hat. Nur ist es bei dem Werkvertrag der Herr des Grund und Bodens, welcher kultivirt, weshalb, im Gegensatze zu der Theilpacht, hier die Früchte auch unmittelbar in's Eigenthum des Grundherrn fallen, nicht vom Unternehmer erworben werden[6]). In Folge dessen ergibt sich das Kontrolrecht des Bestellers hier

5) Freilich gerade bei partiarischem Vertrag nicht auch der Quantität nach. S. oben § 38 zu Note 6. Aber am Bestimmungsort ist leicht zu konstatiren, was noch vorhanden ist.

6) S. §§ 953 ff. BGB und oben § 10 Anm. 10 ff.

ganz von selbst, da er für Sicherstellung seines Eigenthums Sorge tragen darf. Er kann daher wohl auch Benachrichtigung verlangen, wenn die Zeit der Reife herannaht, schon um seiner Abnahmepflicht (§ 640) zu genügen, und selbstverständlich darf der Unternehmer über die Früchte, da sie ihm nicht gehören, nicht verfügen. Er hat nur ein Forderungsrecht auf die ihm zugesagte Quote in ihrer Eigenschaft als Lohn, die bei der Abnahme des ganzen Werks oder der Früchte (s. o. § 47) zu entrichten ist. Somit ergibt sich bei der Abnahme die Feststellung der gegenseitigen Ansprüche und deren Befriedigung von selbst (s. auch § 260 BGB). Besteht die Quote in einem Antheil des Unternehmers am Rohertrage, so kann er dann regelmäßig kompensiren (§§ 387 ff.), braucht also nur den Ueberschuß herauszugeben. Ueberdies hat der Verfertiger oder Ausbesserer beweglicher Sachen für seine Forderungen aus dem Arbeitskontrakt ein gesetzliches Pfandrecht an den Sachen, soweit sie (vgl. § 39) dem Besteller gehören und sich noch im Besitz des Unternehmers befinden. Der Unternehmer von Bauten hat Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek am Baugrundstück des Bestellers (§§ 647, 648). Durch dieses Gegenüberstehen von Eigenthum und Pfandrecht ist für eine ausreichende Sicherung der beiderseitigen Parteirechte trefflich gesorgt. Der Schöpfer eines immateriellen Guts dagegen hat an letzterem nach allgemeinen Grundsätzen zunächst selbst das Autorrecht und verliert es erst, wenn er es bei der Abnahme des Werks auf den Besteller überträgt. Erhält er hier nicht nach § 641 sofort den Lohn, sondern überläßt er z. B. das Werk zur Ausnutzung gegen Betheiligung am Gewinne dem Besteller, so genießt er dafür freilich keinerlei pfandrechtlichen Schutz, sondern hat nur das besprochene Kontrolrecht. — Bei der Geschäftsbesorgung endlich steht das Produkt der Arbeitsleistung entweder im ausschließlichen Recht des Uebernehmers der Besorgung oder

des Bestellers, wie oben ausgeführt worden ist[7]). Es hat aber der Uebernehmer dem Auftraggeber Alles, was er zur Ausführung seiner Mission erhalten oder aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat, herauszugeben und nicht nur dem Geschäftsherrn von dieser Ausführung fortlaufend die erforderlichen Nachrichten und auf Verlangen Auskunft, sondern am Schluß ausführlich Rechenschaft abzulegen, — also wenn es sich um eine mit Einnahmen und Ausgaben verbundene Verwaltung handelt, genaue Rechnung mitzutheilen (vgl. §§ 259, 666, 667, 675 BGB). In diesen Rechenschaftsbericht stellt er denn auch die eigenen Auslagen, auf deren Ersatz er (§ 670) Anspruch hat, und seine Lohnforderung ein, und erfolgt die beiderseitige Begleichung dieser verschiedenen Ansprüche (ähnlich wie oben) bei der Restitution. Ein gesetzliches Pfandrecht an den in seinen Händen befindlichen Objekten hat der Geschäftsbesorger nicht, da es sich häufig nicht um Sachen des Bestellers handelt und keine in rem versio vorliegt (§ 647). Das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs, Spediteurs, Frachtführers und Lagerhalters ist eine Spezialität[8]). Doch kommt dem Unternehmer unter Umständen das Rententionsrecht der §§ 273 ff. BGB zu Statten.

§ 49.

c) Aufwendungen und sonstige Unkosten.

Das Recht des Unternehmers auf Erstattung der von ihm gemachten Aufwendungen, soweit er solche den Umständen nach für erforderlich erachten darf, neben dem bedungenen Lohn ist nur bei der Geschäftsbesorgung ein regelmäßiges (vgl. §§ 670, 675)[1]); und auch hier kann es

7) Vgl. § 37 zu Anm. 10 ff.

8) Vgl. darüber §§ 397 ff., 410, 421, 440 HGB.

1) Ist der Geschäftsbesorger dieserhalb Verbindlichkeiten eingegangen, so kann er nach allgemeinen Grundsätzen davon Befreiung verlangen. Aufgewendetes Geld ist von dem Zeitpunkte der Auf-

selbstverständlich durch besondere Parteiverabredung ausgeschlossen sein, indem bedungen ist oder sich aus den Umständen als gewollt ergibt, daß der Uebernehmer seine Unkosten bei der Ausführung der Besorgung selbst tragen solle bezw. daß deren Ersatz in dem bedungenen Lohn mit einbegriffen sei. Ein Beispiel einer solchen stillschweigenden Beredung auf Grund der Umstände enthält der § 652 Abs. 2. So hat ferner der Frachtführer die Transportunkosten selbst zu tragen, und hängt es von der näheren Parteivereinbarung ab, ob der Verfertiger die Zuthaten und sonstigen Nebensachen, deren er zur Herstellung oder Verarbeitung des Gegenstands bedarf, aus eigenen Mitteln zu beschaffen hat oder dem Besteller besonders in Rechnung stellen darf. In dieser Hinsicht hat der Quotalvertrag nichts Eigenthümliches. Die besonderen Auslagen und Aufwendungen bestehen in Geld, in der Befreiung von übernommenen Verpflichtungen durch den Unternehmer u. dgl., und eine direkte Beziehung zur Quotenschuld tritt wenigstens auf Seiten des Unternehmers nicht ein.

Nicht ganz so einfach liegt die Sache mit den Unkosten des Bestellers. Zwar können auch diese nur unter Umständen das Werk bezw. dessen Erträgnisse vermindern und dadurch die Gestaltung des Arbeitsresultats beeinflussen, von welchem die Quote sich berechnet. Die Quote ist beim Werkvertrag viel häufiger Bruttoquote[2]) als anderwärts, weil sie der Regel nach vom fertigen „Werk", so wie es vorliegt, genommen werden soll: bestehe sie nun in der Einräumung reeller oder ideeller Theile an dem letzteren[3]).

---

wendung an zu verzinsen. §§ 256, 257 BGB. — Näheres über diesen Fall noch unten in § 67.

2) Ueber den Begriff der Quoten vgl. die auch hier maßgebenden Ausführungen in § 30 oben.

3) Quoten des Rohertrags. Vgl. dazu § 38.

Unkosten des Bestellers kommen überhaupt verhältnißmäßig seltener in Frage. Der Stoff, den er zu liefern hat, ist nicht zu den Unkosten zu rechnen. Sein Werth wird schon beim Abschluß des Vertrages und Bemessung der versprochenen Quote in Rücksicht gezogen. Ebenso sind Aufwendungen des Unternehmers, die letzterer nach dem Vertrag dem Besteller besonders in Rechnung stellen darf (s. o.), nicht Unkosten in diesem Sinne. Sie können auf die Quote überhaupt nur verrechnet werden, wenn letztere in einer Werthquote besteht. Aber auch dann ist die Interpretationsfrage in erster Linie die, ob die Quote nach dem Vertrag vom Brutto- oder Nettowerth des Werkes zu berechnen ist, was wiederum darauf hinausläuft, inwiefern diese Aufwendungen dem Unternehmer zur Last fallen sollen.

Wie schon beim Dienstvertrag, so handelt es sich bei der Frage nach den zulässigen Abzügen des Arbeitgebers vielmehr um eine richtige Berechnung des Reinantheils, der ohne Abzug der Unkosten überhaupt nicht gedacht werden kann[4]). Es fragt sich nur, wieviel ist abzugsfähig? Die Lösung ist von derjenigen beim Dienstvertrage wesentlich verschieden. Wie der Unternehmer nur die auf das „Werk" gemachten Aufwendungen in Rechnung stellen darf, nicht seine allgemeinen Betriebskosten und Auslagen, so darf auch der Besteller, wenn er nicht blos das Werk empfängt, sondern bis zur Quotenlegung weitere Auslagen hat, dieselben nur dann vom Ertrage abziehen, wenn sie in direkter Beziehung zu dem Werke stehen, also behufs Gewinnung dieses speziellen Ertrages gemacht sind; nicht seine allgemeinen Unkosten und Auslagen. Praktisch wird dies besonders, wenn die Quote in einer sog. Fruktifikationsquote: einem Antheil des Unternehmers am Ertrage des

4) S. oben § 30, sowie beim Dienstvertrage § 33, insbesondere zu Note 4.

fertigen Werks besteht, während die Ausbeutung des letzteren durch den Besteller erfolgt[5]). Hier hat der Besteller nicht das Recht, alle diejenigen Beträge vom Gewinne abzuschreiben, welche ein Prinzipal seinen auf Tantième angestellten Arbeitern in Rechnung stellen darf, insbesondere keinerlei Amortisationsquote. Die Grundsätze des § 33 sind gänzlich unanwendbar. Denn der Werkmeister ist nicht an den Gesammteinnahmen des Bestellers oder an den Einnahmen eines bestimmten Geschäftszweiges des letzteren betheiligt, sondern nur an den Einnahmen aus seinem Werk. Die Ausbeutung des letzteren bildet im Betriebe des Bestellers aber nicht mehr als einen einzelnen Geschäftsposten, und Unkosten 2c. können darauf nur insoweit in Rechnung gestellt werden, als sie mit diesem Spezialgeschäfte in Verbindung stehen. So kann der Impresario dem Künstler die Unkosten der Reise, Lokalmiethe und Beleuchtung, nicht aber die allgemeinen Auslagen für sein Bureau, Besoldung seiner Schreiber und sonstigen Correspondenten 2c. in Abzug bringen. Denn letztere haben mit dem speziellen Werke nichts zu thun. Ueberhaupt ist alles Usuelle, Schablonenhafte, das gerade auch in dieser Beziehung dem commis intéressé gegenüber eine so große Rolle spielt, und welches dieser als auch für ihn maßgebende „Geschäftsgrundsätze" so häufig gegen sich gelten lassen muß, von dem Begriff des Werkvertrages gänzlich ausgeschlossen. Die Arbeitsleistung (das opus) ist hier etwas ganz Spezielles, und können zur Ermittelung seines Inhalts resp. des Ertrags desselben nur solche Posten in Betracht gezogen werden, welche den Betrag direkt vermindern, nicht andere allgemeine Unkosten und Auslagen.

---

5) Vgl. § 38 zu Note 15 ff.

6. Hülfshandlungen des Bestellers.

§ 50.

a) Entschädigungsprinzip.

Der Unternehmer kann verlangen, daß der Besteller die nothwendigen Vorbedingungen für die Arbeit beschafft. Die wichtigste Vorbedingung ist die Lieferung des Stoffs zur Arbeit, soweit ein solcher nöthig ist. Aber auch abgesehen davon können zahlreiche Hülfshandlungen in Frage kommen, durch welche der Besteller die Thätigkeit des Unternehmers erst ermöglicht[1]). Es ist schon darauf hingewiesen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch diesen Fall eigenthümlich regelt[2]). Beim Dienstvertrage sahen wir, daß das Ausbleiben solcher Hülfshandlungen dem Arbeiter gegen den Herrn dieselben Rechte gibt, wie die Nichtannahme der Dienste überhaupt. Nach der für beide Fälle maßgebenden Bestimmung des § 615 hat dort der Arbeiter das Recht, den Dienstherrn in Annahmeverzug zu setzen und daraufhin sein Recht auf Gegenleistung zu verfolgen, abzüglich dessen, was er in Folge der Nichtleistung seiner Dienste erspart oder durch anderweitige Verwendung derselben erwirbt. Es wurde darauf hingewiesen, daß der Arbeiter im Allgemeinen nicht verpflichtet ist, sich anderweitige Beschäftigung zu suchen, daß ihm also nicht abgezogen werden darf, was er durch sonstige Verwerthung seiner Arbeitskräfte hätte verdienen können. Nur böswillig soll er die ihm angebotene andere Beschäftigung nicht von der Hand weisen dürfen mit der Wirkung, nun doch den ganzen Lohn aus der sistirten Arbeit zu erhalten. Derartige Chikane soll keinen Erfolg haben. Entsprechend bestimmt auch § 649 für den Werkvertrag, daß, wenn der Besteller vor Vollendung der Arbeit den Vertrag kündigt, der Unternehmer die bedungene

1) Vgl. oben § 27 vor Note 9.
2) Cf. § 45 lit. b (bei Note 25).

Vergütung (Gegenleistung) fordern darf, abzüglich dessen, was er in Folge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig zu erwerben unterläßt. Man sollte nun meinen, daß derselbe Grundsatz auch bei unterlassenen Hülfshandlungen des Bestellers Platz griffe, welche den Unternehmer am Beginn oder der Fortsetzung seiner Arbeit hindern. Denn ob er, wie § 649 sich ausdrückt, die Arbeit „kündigt" oder einfach den zu bearbeitenden Stoff nicht liefert, oder den Park verschlossen hält, in dem das Landhaus zu erbauen ist, — ob er dem Boten das nöthige Reisegeld, die erforderliche Instruktion, die nothwendigen Legitimationspapiere und dgl. verweigert, das — sollte man meinen — müßte in dieser Beziehung auf dasselbe herauskommen[3]). So ist es auch beim Dienstvertrage in der That. Beim Werkvertrag dagegen wird hier eine Unterscheidung gemacht, deren Tragweite bis jetzt noch nicht erkannt ist[4]). Das Unterlassen der zur Arbeit erforderlichen Hülfshandlungen seitens des Bestellers wird im Werkvertrage anders behandelt, als die gänzliche Zurückweisung der Leistung (Kündigung). Zwar muß auch hier der Unternehmer zwecks Geltendmachung seiner Rechte gegen den Besteller den letzteren wegen der Unterlassung der Hülfshandlungen in Annahmeverzug versetzen, aber § 642 gibt ihm alsdann kein Recht auf Gegenleistung, sondern auf Entschädigung. Diese soll sich bestimmen einestheils nach der Dauer des Verzuges und der Höhe der vereinbarten Vergütung, anderntheils nach demjenigen, was der Unternehmer in Folge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann. Von letzterem Punkt gleich unten. Zur Erklärung der Bestimmung sagt die Denkschrift

3) S. auch Dernburg, Pandekten II § 43 Ziff. 2 zu Note 9.
4) Auch im Reichstag ist sie vollständig übersehen worden.

Nichts. In den Motiven I. Lesung wird davon ausgegangen, daß die „Untheilbarkeit des Werks" bei der locatio-conductio operis eine andere Behandlung des vor der Herstellung eintretenden Annahmeverzuges des Bestellers erheische, als beim Dienstvertrage[5]). Diese Begründung ist schlecht; denn wenn das opus faciendum stets untheilbar wäre, so würde der partiarische Kontrakt in vielen Fällen unmöglich sein, wo wir sogar reelle Quotenleistung als denkbare Lohnform anerkannten. In Wahrheit ist das Werk bald theilbar, bald nicht. Was essentiell den Werkvertrag vom Dienstvertrage unterscheidet und daher hier auch eine abweichende Behandlung rechtfertigt, ist vielmehr, daß er ein seiner Natur nach vorübergehendes Verhältniß setzt. Der Werkvertrag ist keiner unbegrenzten Dauer fähig; er geht auf Erreichung eines bestimmten Erfolgs, mit dessen Eintritt sich der Zweck des Kontrakts erschöpft. Auf diesen Zweck auch wird die Gegenleistung zugestutzt. Bei ihrer Normirung wird u. A. auch in Anschlag gebracht, wie lange Zeit die Arbeit muthmaßlich erfordern wird, um den Erfolg herbeizuführen. Jede Verlängerung dieser Arbeitszeit durch unvorhergesehene Umstände ist somit beim Werkvertrag zum Schaden des Arbeiters, weil nicht das Maß der Arbeit, sondern der Erfolg belohnt wird, den er nun um so viel später erreicht. Wegen dieses Nachtheils ist dem Arbeiter hier eine besondere Vergütung zuzubilligen, sofern die Voraussetzungen des Gläubigerverzugs bei dem Besteller vorliegen und die Ausführung des Werks nicht überhaupt gehindert wird[6]). Der Sinn des § 642 ist hiernach, dem Arbeiter in Folge der vermehrten Arbeitsdauer auch Anspruch auf

5) Vgl. Motive II S. 495—496.

6) Daher ist der Besteller auch stets in der Lage, sich durch die völlige Sistirung des Werks vor der genannten besonderen Verzugsfolge zu schützen. S. Motive II S. 496.

einen entsprechend höheren Lohn zu geben: d. h. nach dem Verhältniß, wie der Lohn (bei sonst gleichen Bedingungen) bemessen worden wäre, wenn die Parteien die vermehrte Arbeitsdauer von vornherein bei dem Kontraktschluß in Rücksicht gezogen hätten. Daraus ergibt sich die Berechnung des Mehranspruchs des Arbeiters nach Maßgabe der vereinbarten Vergütung und der Dauer des Verzugs. Der Anspruch wurde in der I. Lesung treffend ein Vergütungsanspruch für die Verzögerung und dementsprechende Mehrarbeit genannt. Auch in dem von der II. Kommission zur Annahme gelangten Antrag, welcher eine Verdeutlichung des I. Entwurfs erstrebte, ist dieser Ausdruck beibehalten, und soll sich die Vergütung hier nach dem Maße der Verzögerung und der vereinbarten Gegenleistung bestimmen[7]). Das also war und blieb der maßgebende Gesichtspunkt; und wenn es später (ohne daß sich über den demnächsten Grund der Aenderung eine Begründung finden läßt) in den veröffentlichten Kommissionsbeschlüssen II. Lesung plötzlich heißt (§ 579):

> ... (es) kann der Unternehmer eine angemessene Entschädigung verlangen. Die Höhe der Entschädigung richtet sich ... nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung ...

so kann dieser Abänderung die Bedeutung einer mehr als redaktionellen Aenderung zunächst nicht zugestanden werden. Letztere nahm offenbar von den zuletzt citirten Worten ihren Ausgang. Man wollte, da der bedungene Lohn im ganzen Titel stets die „vereinbarte Vergütung" genannt wird[8]), auch hier von diesem Sprachgebrauch nicht abgehen und die abstrakte Bezeichnung „Gegenleistung", die aus der I. Lesung stammte, vermeiden. Das zog dann aus stilistischen Gründen die Folge nach sich, daß der für den Mehranspruch des

7) Prot. S. 2241 ff.

8) Vgl. §§ 631, 632, 641, 645, 648, 649 BGB.

Arbeiters bisher an dieser Stelle gebrauchte Ausdruck „Vergütung" durch einen anderen zu ersetzen war, wobei man auf den juristisch differenten Gesichtspunkt der Entschädigung verfiel. Die anfangs jedenfalls als synonym verstandene Ersatzbezeichnung hat nun aber im weiteren Verlaufe Konsequenzen gezeitigt und den Charakter der Bestimmung selbst verändert. Es ist für die Geschichte des Gesetzes von dem höchsten Interesse, diesen eigenthümlichen Entwickelungsgang in seinen verschiedenen Phasen zu verfolgen. In den veröffentlichten Kommissionsbeschlüssen II. Lesung[9]) heißt es noch, durchaus konform dem bisher herrschenden Gedanken, daß es sich um eine Vergütung der Mehraufwendung handele, und entsprechend der Bestimmung I. Lesung[10]) bezw. der §§ 615 und 649 des heutigen Gesetzes:

> Die Höhe der Entschädigung richtet sich einerseits nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung, anderseits nach demjenigen, was der Unternehmer in Folge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erworben hat oder hätte erwerben können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte.

Es ist also hier noch durchaus der Gesichtspunkt maßgebend, den wir schon oben bei Besprechung des § 615 entwickelt haben[11]). Der Arbeiter ist für die Zeit des Annahmeverzuges zu anderweitiger Verwerthung seiner Kräfte nicht verpflichtet. Es ist so anzusehen, als habe er während der mora accipiendi seines Gegners gearbeitet, und er hat daher auf Gegenleistung Anspruch, abzüglich nur des wirk-

9) Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs f. d. Deutsche Reich. Zweite Lesung nach den Beschlüssen der Redaktionskommission (1895) § 579.

10) Abgesehen von dem (allgemein eingeführten) Zusatz wegen dolus.

11) Vgl. oben § 28.

lich Ersparten und des gemachten oder böswillig unterlassenen anderweitigen Erwerbs. Um so größer ist unsere Ueberraschung, wenn wir auf einmal in der Schlußredaktion der II. Lesung (§ 632) und nun auch in der Reichstagsvorlage (§ 632) und im Gesetze finden, daß für abzugsfähig erklärt wird, was der Unternehmer in Folge des Verzugs an Aufwendungen erspart und was er

durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann.

Diese, wie gesagt nirgends begründete Abänderung ist um so auffallender, als sie sich von dem in den §§ 615 und 649 festgehaltenen Prinzip entfernt, und wir können uns dieselbe nur erklären, wenn wir davon ausgehen, daß die stattgefundene Umdeutung des Unternehmeranspruchs aus einem Vergütungs- in einen Entschädigungsanspruch hierfür bei der Schlußredaktion bestimmend gewesen sein muß. Qualifizirte man den Anspruch des Arbeiters als einen Entschädigungsanspruch, so lag der Gedanke nahe: quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire. Da vergaß man, daß es sich eigentlich nur um Vergütung für Mehrarbeit gehandelt hatte, die, wenn auch nicht in allen Theilen angenommen, doch so, als wäre sie geleistet, zu entlohnen ist, während für die Verzugszeit keine Pflicht des Arbeiters zum Aufsuchen anderweitiger Beschäftigung besteht. Mit Konstruktion des Anspruchs als Entschädigung verschob das ganze Bild sich plötzlich; es ward damit implicite auch eine Verpflichtung des Arbeiters zu anderer Thätigkeit anerkannt, soweit er dadurch seinen Schaden zu vermindern im Stande ist. In dieser Ideenreihe ist nicht blos der böswillig unterlassene, sondern auch der kulpos versäumte andere Erwerb abzugsfähig. Auch noch in anderer Beziehung erscheint, wie sich gleich zeigen wird, der Anspruch des Unternehmers materiell verändert.

Juristisch ist der Gesichtspunkt der Entschädigung übrigens nicht so verfehlt, wie man wohl nach der herrschenden Lehre vom Annahmeverzug zunächst annehmen möchte. Der Ersatz wird, weil der Besteller bei der Säumniß nicht in culpa ist, nicht bis zur vollen Höhe: für das volle Interesse des Unternehmers gewährt, z. B. nicht für dasjenige, was letzterer aus der Betheiligung an einem anderen Werke, das ihm in Folge der Verzögerung entging, hätte verdienen können. Vielmehr bleibt der Ersatz in engem Rahmen, wie überall, wo aus dem bloßen Annahmeverzug des Gläubigers Ersatzansprüche gewährt werden (vgl. auch § 304). Die Entschädigung, welche dem Unternehmer zuzusprechen ist, wird als eine „angemessene" bezeichnet; das deutet schon darauf hin, daß sie zu großem Theile arbiträr ist. Dieses arbitrium des Richters wird in § 642 Abs. 2 dann näher limitirt. In erster Linie soll sich die Entschädigung des Unternehmers für die Mehrarbeit nach seinem kontraktlichen Verdienst aus dem bestehenden Werkvertrag richten; d. h. nach der bei ungestörtem Fortgang der Arbeit muthmaßlichen Arbeitsdauer und der dafür bedungenen Vergütung ist — unter Abzug der in der Vergütung einbegriffenen Auslagen des Unternehmers (Ersparnisse) — zu berechnen, wieviel der letztere in der Verzugszeit als Arbeitslohn erhalten hätte. Das ist ihm als Mehranspruch zuzubilligen. Es ist das aber nicht der einzige Gesichtspunkt der Entschädigung, und kann das Resultat in Activis und Passivis durch einen anderen Umstand eine Korrektur erfahren. Der Mehranspruch des Unternehmers ist nicht schlechthin in dieser Weise nach Maßgabe des bedungenen Werklohns festzusetzen, da keine blos nach ihrer Dauer gemessenen und bezahlten Dienste in Frage stehen. Der Unternehmer konnte möglicherweise bei einem anderen, durch die erfolgte Hinhaltung versäumten Werk im Lauf derselben Zeitfrist mehr gewinnen, als aus dem hier vor-

liegenden Vertrage, und darauf kann er sich berufen. Die Höhe der ihm zuzubilligenden Entschädigung bestimmt sich daher auch nach dem, was der Werkmeister in der fraglichen Zeit durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben konnte und nicht erworben hat, weil der Vertrag mit dem säumigen Besteller ihn daran hinderte[12]). Dagegen kann umgekehrt auch ebenso der Besteller aus demselben Umstand ein Abzugsrecht von der Entschädigung herleiten, indem er darthut, daß dem Unternehmer ein solcher anderweitiger Verdienst während der Säumnißzeit möglich gewesen wäre, aber von ihm unberücksichtigt gelassen worden ist; so daß auf dieser Basis allerdings gerechtfertigt erscheint, nicht blos den dolos, sondern auch den vom Unternehmer kulpos versäumten Erwerb von der Entschädigungsforderung in Abzug zu bringen.

Das ist die materielle Umbildung, welche der § 642 aus einer ursprünglich nur redaktionellen Aenderung im weiteren Verlauf bewußter- oder unbewußtermaßen erfahren hat! Es handelt sich dabei um schlechthin neues Recht[13]), aber der Würfel ist anscheinend gut gefallen. Denn die Situation ist eigenartig und von den in §§ 615 und 649 normirten Fällen wesentlich verschieden. Beim Dienstvertrag besteht überhaupt keine Annahmepflicht des Arbeitgebers, und wenn beim Werkvertrag die Arbeit definitiv sistirt wird, so kommt es gleicherweise nicht zur Abnahme. In beiden Fällen ist prinzipiell nur die bedungene Gegenleistung zu prästiren. Hier aber besteht der Besteller trotz seiner Säumniß auf der Vollendung des Werks. Er kündigt nicht,

12) Z. B. weil er auf dessen Beihülfe wartete; — weil die schon fertig gestellten Theile seine Aufsicht erforderten u. dgl.

13) Die Begründung des § 642 aus den Motiven I. Lesung in der Ausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs von Haidlen (1897) ist danach ganz verfehlt.

wodurch er die oben besprochenen Folgen, wie die Anwendung des § 642 gänzlich ausschließen könnte; und wie er dementsprechend nach Vollendung des Werks das letztere annehmen muß, so scheint es auch nicht unbillig, ihn in diesem Falle für die besonderen Nachtheile haftbar zu machen, die sein so schwankendes Verhalten für den Unternehmer im Gefolge gehabt hat. Es entspricht denn auch die in § 642 adoptirte Auffassung des Mehranspruches als Entschädigung der Anschauung des täglichen Lebens mehr als die einer Gegenleistung für nicht abgenommene Arbeit. Auch würde der Verkehr die Zubilligung eines Ausgleichs für versäumten anderweitigen Mehrverdienst nur ungern entbehren. Denn bei dem Werkvertrag wird eben kein Arbeitsquantum, sondern der Erfolg und dessen Herstellung bezahlt, so daß der schnellste Arbeiter am meisten gewinnt und durch unnöthiges Hinhalten am meisten leidet. So läßt es sich wohl rechtfertigen, wenn dem Werkmeister hier bis zu gewissem Grade das gewährt wird, was er ohne die Verzögerung haben würde: freilich nicht voll (das ganze lucrum cessans), sondern in einer Mittellinie zwischen dem bisherigen und dem entgangenen Verdienst nach billiger Abschätzung des Richters [14]), ähnlich wie auch im Falle des § 829 bei fehlender culpa des Ersatzverpflichteten nur eine billige Entschädigung nach Maßgabe der Umstände gewährt wird. Von dieser ist hier, in demselben Umfang wie sie zugestanden wird, auch abzuziehen, was der Geschädigte sich durch Versäumung der anderweitigen Arbeitsgelegenheit an Schaden selbst zuzuschreiben hat.

Die hier gewonnenen Grundsätze sind auf den partiarischen Kontrakt ohne besondere Schwierigkeiten anwendbar.

14) Um so mehr, als er wegen der Säumniß des Bestellers unter Umständen den Werkvertrag auch selbst kündigen kann. S. § 643 u. unten § 51.

Denn da es sich in § 642 um einen Fall handelt, in dem das Werk nachträglich zur Vollendung kommt, so ist damit die Möglichkeit, den Werklohn (die bedungene Quote) zu berechnen, von selbst gegeben. Bis dahin muß der Unternehmer sich mit seinem Ersatzanspruch hier eventuell gedulden. Der Ersatz besteht, wie überall, wo keine Herstellung eines früheren Zustandes in Frage kommt, in Geld (§§ 249—251); es ist also auch eine etwa bedungene Rohertragsquote für den Ersatz nach ihrem Geldwerth zu veranschlagen. Darauf weist auch die in § 642 selbst vorgesehene Bestimmung der Entschädigung nach Maßgabe des etwa möglichen anderweitigen Verdienstes des Unternehmers und der vorgeschriebene Abzug seiner ersparten Auslagen hin. Denn alles das sind regelmäßig Geldposten. Die Findung der vorgeschriebenen „Mittellinie" für den Ersatz wird freilich hier oft noch schwieriger sein als sonst. Man muß sich vergegenwärtigen, daß das Gesetz hier absichtlich dem Richter eine gewisse Latitüde geben — eine Entschädigung ex aequo et bono ermöglichen wollte, für welche nicht mehr als einige allgemeine Anhaltspunkte gegeben sind. Somit ergibt sich, daß die dem Arbeiter nach § 642 gebührende Entschädigung im partiarischen Vertrage eine Nebenforderung darstellt, welche sich an die Quotenforderung anlehnt aber nicht mit ihr zusammenfließt. Es werden also durch die Säumnißfolge die ursprünglichen Verabredungen der Parteien nicht alterirt, sondern daneben nur ein selbständiger, auf Geld gehender Ersatzanspruch des Unternehmers begründet.

Freilich kann dieser Ersatzanspruch auch mit den Rechten des Unternehmers aus vollständiger Sistirung des Werks im Sinne des § 649 konkurriren. Wenn nämlich der Besteller zunächst mit seinen Hülfshandlungen in Verzug kommt und erst nach einiger Zeit sich zu der Kündigung des Werks entschließt, so kann es kommen, daß die Ansprüche des

Unternehmers aus der Säumniß durch diejenigen aus der völligen Sistirung des Werks nach § 649 nicht gedeckt werden. Wie überall, so kann er also auch hier seine verschiedenen Ansprüche bis zu der höchsten überhaupt erreichbaren Höhe verfolgen. Doch ist wegen der Werksistirung hier die Grundlage des Ersatzanspruchs (die Quote) nicht vorhanden. Freilich auch nicht die bedungene Vergütung, die der Unternehmer nach § 649 erhalten soll, und wir werden später zu erörtern haben, wie sich die Folgen der Werksistirung im partiarischen Kontrakt gestalten (s. u. § 52). Das dort gewonnene Resultat könnte dann auch an dieser Stelle für die Ersatzberechnung verwerthet werden. Indeß würde die letztere dadurch doch unverhältnißmäßig erschwert und komplizirt, und werden wir für § 642 daran festzuhalten haben, daß der ex aequo et bono zu gewährende Ersatz keiner so strengen, gewissermaßen mathematischen Grundlage bedarf, vielmehr nach den verschiedenen in § 642 hervorgehobenen Gesichtspunkten von dem Gericht nach freiem Ermessen, nöthigenfalls unter Zuhülfenahme des § 260 CPO zugebilligt werden kann.

§ 51.

b) Rücktrittsrecht des Unternehmers.

Bleibt der Besteller mit den zur Herstellung des Werks von seiner Seite erforderlichen Hülfshandlungen aus, sodaß er dadurch in Annahmeverzug geräth, so sind die Rechte des Unternehmers mit dem Vorbemerkten übrigens noch keineswegs erschöpft. Der Werkmeister ist nicht blos auf die angemessene Entschädigung für die Verzögerung beschränkt, welche im Uebrigen ein Festhalten an dem Kontrakt voraussetzt, sondern er kann nach angemessener Wartezeit von dem Vertrag zurücktreten oder, wie das Gesetz sich auch hier ausdrückt, kündigen. Er muß zu diesem Zwecke dem Besteller zur Nachholung seiner Handlung eine angemessene

Frist[1]) bestimmen mit der Erklärung, daß er bei weiterer Verzögerung das Verhältniß aufkündige. Auf diese Erklärung hin gilt der Vertrag als aufgehoben, wenn der Besteller die Hülfshandlungen nicht bis zum Ablauf jener Frist nachholt (§ 643). Dies Rücktrittsrecht mußte dem Unternehmer zugestanden werden, da er doch keinesfalls durch das Verhalten des Bestellers unbegrenzt an dem Vertrage festgehalten werden darf. Ebenso wenig wie sich der Arbeiter im Dienstvertrag für unbegrenzte Dauer vermiethen kann und daher auch beim Annahmeverzug des Herrn zur Nachleistung der Dienste nicht verpflichtet wird (§§ 615, 624), sowenig ist auch hier der Unternehmer unbegrenzt am Vertrage festzuhalten, und ist daher nicht schuldig, sich zur Ausführung des Werks längere Zeit hindurch bereit zu halten, wenn der Besteller ihn durch sein Verhalten nicht zur Arbeit kommen läßt. Auch diese Dienstverpflichtung ist also zeitlich beschränkt. Das Mittel der Begrenzung liegt hier in dem dem Unternehmer zugestandenen Kündigungsrecht. Ob er von der Befugniß Gebrauch machen will, ist seinem Ermessen anheimgestellt. Es wird für ihn entscheidend sein, ob das Verharren beim Kontrakt oder dessen Auflösung ihm größeren Vortheil bietet.

In dieser Hinsicht nun kommt Folgendes in Betracht. Es handelt sich um eine vorzeitige Kontraktsauflösung, die der Unternehmer vollzieht; aber aus Gründen, welche in der Person des Bestellers liegen[2]). Die Folge muß hiernach verschieden sein, je nachdem dem Besteller ein

1) D. h. von einer solchen Dauer, daß die Nachholung der Handlung in der Frist möglich und dem Besteller zuzumuthen ist.

2) Es sei denn, daß sich auch der Unternehmer etwas vorzuwerfen hat. Dann cessiren seine Rechte. Vgl. § 645 Abs. 1: „ohne daß ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat." Es gilt a fortiori das oben § 45 bei Note 12 Gesagte. Denn die culpa des Unternehmers überwiegt jedenfalls den bloßen Annahmeverzug des Bestellers.

Verschulden[3]) zur Last fällt oder nicht. Und zwar bestimmt § 645 für letzteren Fall (also beim einfachen Annahmeverzuge), daß der Unternehmer einen seiner bisherigen Arbeit entsprechenden Theil der bedungenen Vergütung und im Uebrigen Ersatz der darin nicht schon inbegriffenen Auslagen verlangen kann. Der Ersatz ist Gelderſatz auch im Quotalvertrage, schon weil die Auslagen, die zu ersetzen sind, der Regel nach in Geld bestehen und jedenfalls zu dem Quotalversprechen nicht in gegenständlicher Beziehung stehen (s. auch die Ausführungen des vorigen Paragraphen). Was aber die Vergütung anlangt, so wiederholt sich hier die schon bemerkte Thatsache, daß als Vergütung ein entsprechender Theil von Etwas zugebilligt wird, das gar nicht existirt, vielmehr erst durch die ordnungsmäßige Kontraktserfüllung zur Entstehung kommen sollte. Freilich ist der Arbeiter hier schon für seine sämmtlichen Unkosten durch den Ersatzanspruch gedeckt; aber mag man auch den Begriff der Auslagen soweit als möglich fassen, so umfassen sie doch zweifellos nicht den Entgelt für die vom Unternehmer aufgewendete Thätigkeit und Mühe, sodaß die partiarische Vergütung keineswegs dadurch erübrigt wird. — Auch hier ist wieder davon auszugehen, daß nach dem Inhalte der Klausel die Vergütung aus dem Arbeitsresultate zu entfließen hat[4]). Die portio portionis, auf die der Unternehmer hiernach Anspruch hätte, ist also nicht vorhanden: ihre Bestimmung ganz unmöglich, da das Werk in Folge der Kündigung gar nicht vollendet wird. Man kann nicht einmal daran denken, daß der Unternehmer sich titulo mercedis an das etwa vom Werke schon Vorhandene halten und davon die Quote for-

3) Hier braucht das Gesetz den Ausdruck „Verschulden" (§ 645 Abs. 2), im Gegensatz zu der entsprechenden Bestimmung beim Dienstvertrage (§ 628), wo vom „vertragswidrigen Verhalten" des einen oder andern Theils die Rede ist. S. oben § 35 Note 1.

4) Im Gegensatz zu einer bloßen Provision.

dern könnte. Denn abgesehen davon, daß sie nur vom Gesammterfolg bedungen ist, von welchem man nicht sagen kann, daß er in dem Vorhandenen zur Hälfte oder zu einem Drittel ꝛc. erreicht sei[5]), liegt überdies der Fall hier so, daß in der Regel das Vorhandene entweder als bloßer Stoff dem Besteller gehört[6]) oder dem Unternehmer aus andern Gründen schon verbleibt; — sei es auch nur aus dem äußerlichen Grunde, weil der Besteller es noch viel weniger abfordert, als er sich zu der Beihülfe zwecks Weiterführung der Arbeit versteht. Im Gegentheil wird das Behalten hier oft noch eine Last für den Werkmeister sein, da der Torso für sich allein meist keinen Werth hat. Da nun der Besteller hier nicht einmal zur Abnahme gezwungen werden kann, so wird der Unternehmer eher noch aus dem Behalten einen Entschädigungsanspruch herleiten können, als daß daraus Etwas auf den Lohnanspruch des Unternehmers abzurechnen wäre.

Sonach wird letzterer hier nur in dem Surrogatlohn Befriedigung finden können, wenn die Voraussetzungen desselben vorliegen[7]). Der Fall ist ganz entsprechend zu entscheiden, wie wenn in Folge der beiden anderen subjektiven (in der Person des Bestellers liegenden) Umstände: der Fehlerhaftigkeit des vom Besteller gelieferten Stoffes oder der von ihm ertheilten Arbeitsanweisungen, ohne beiderseitiges Verschulden[8]) die Ausführung des Werks unmöglich

5) Die Thätigkeit des Unternehmers kommt im Werkvertrage eben nur insofern in Betracht, als sie auf die Herbeiführung des beabsichtigten Resultats gerichtet ist. In diesem Sinn ist halbes Thun ꝛc. gar kein Thun, denn es führt den bedungenen Erfolg nicht herbei. Das Vorhandene ist also von dem bedungenen ganzen Arbeitsresultat nicht nur quantitativ, sondern qualitativ verschieden.

6) Den er (vgl. § 39) nach allgemeinen Grundsätzen zurückverlangen kann. S. jedoch § 647 BGB wegen der Ersatzansprüche des Unternehmers.

7) Vgl. oben § 46 Note 7ff.

8) Bezw. einen nach dem Vertrage zu vertretenden Umstand. — Vgl. über das Detail die §§ 45 u. 46 oben.

geworden ist. Der Unternehmer erhält also in diesem Fall einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Theil der gewöhnlichen (taxmäßigen oder sonst üblichen) Vergütung (§§ 632, 645 Abs. 1). Bei culpa des Bestellers bleiben die weiteren Rechte des Unternehmers, insbesondere auf Entschädigung, unberührt [9]).

7. Sistirung des Werks durch den Besteller und sonstige Auflösung.

§ 52.

Bis zur vertragsmäßigen Herstellung (Vollendung) des Werks kann der Besteller dasselbe jederzeit sistiren: den Vertrag kündigen (§§ 640, 649 BGB). Es handelt sich um ein Rücktrittsrecht des Bestellers vom Vertrage [1]), soweit er blos daraus berechtigt ist. Von seinen Pflichten kann er sich dadurch naturgemäß nicht frei machen. Es wäre aber unbillig und widersinnig, wollte man den Besteller zwingen, sich eine Arbeit machen zu lassen, deren er vielleicht nicht mehr bedarf [2]). Nur auf die Gegenleistung (seinen Lohn) hat der Unternehmer Anspruch [3]). Die Klausel der Quotalentlohnung in unserm Falle ändert daran nichts; sie kann den Charakter des Vertrages und die aus allgemeinen Grund-

---

9) S. § 45 lit. d (nach Note 29).

1) Es folgt unmittelbar, daß keine Kündigungsfristen einzuhalten sind. — Der Fall ist nicht mit dem andern zu verwechseln, wo nicht die Sistirung des Werks sondern seiner demnächstigen Verwerthung zum Zweck der Quotenzahlung in Frage steht. Vgl. § 47 i. f.

2) Das ist freilich lange, so beispielsweise noch vom ROHG Bd. 11 S. 155 verkannt worden, wo der Bauherr verurtheilt wurde, sich die Umänderung der ihm gehörigen Kalköfen gefallen zu lassen und letztere zu diesem Zwecke dem Unternehmer zu überlassen!

3) S. jedoch § 650 für den Fall, daß der Unternehmer durch Ueberschreitung des für das Werk gemachten Kostenanschlags dem Besteller gerechten Anlaß zur Sistirung des Werks gegeben hat. Wegen der Verweisung auf die Regel des § 645 Abs. 1 in diesem Falle, s. den hier vorhergehenden Paragraphen.

ſätzen folgende Regel von dem ausſchließlichen Gläubigerrecht des Beſtellers bis zur Vollendung des Werks nicht alteriren. Freilich wird hier die Klauſel inhaltlos, da es in Folge der Siſtirung zu einer Ausführung des Werks und demnach einem Reſultat nicht kommt. Die Quotenleiſtung wird durch die Kündigung des Werks einfach unmöglich. Dieſe Unmöglichkeit hat auch der Beſteller nach dem Vertrag nicht zu vertreten. Ihre Herbeiführung auf dieſem Wege iſt ſein Recht. Da nun das bei der Kündigung vom Werke etwa ſchon Vorhandene regelmäßig als Theilreſultat für die Quotalberechnung nicht in Betracht kommt, vielmehr zumeiſt nur für den Unternehmer eine Laſt bedeutet [4]), ſo verſagt, ganz ähnlich wie beim Rücktritte des letztern (§§ 643, 645), hier die partiariſche Lohnklauſel vollſtändig, und kann nur arg. § 632 auf den Surrogatlohn erkannt werden, ſofern deſſen Vorausſetzungen vorliegen. War die Herſtellung des Werks den Umſtänden nach nur gegen Vergütung zu erwarten, ſo hat der Unternehmer kraft Geſetzes auf eine ſolche Anſpruch; und zwar in Ermangelung eines beſonderen fixirten Lohns auf die gewöhnliche taxmäßige oder verkehrsübliche Vergütung, ſofern er in der ſtattgefundenen Lohnberedung nicht auf die letztere verzichtet hat. Davon war ſchon die Rede [5]). Hat hiernach der Unternehmer Anſpruch auf Lohn, ſo kann ihm letzterer nicht dadurch entzogen werden, daß der Beſteller einſeitig die Ausführung des Werks verhindert und damit den Inhalt der partiariſchen Lohnklauſel hintertreibt. Es kann vielmehr der Unternehmer in ſolchem Fall die partiariſche Klauſel für erledigt erklären und, in Ermangelung eines andern bedungenen Lohnes, den geſetzlichen fordern — abzüglich deſſen (§ 649), was der Unternehmer in Folge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erſpart oder

4) Vgl. § 51 bei Note 5 ff.
5) S. oben §§ 29 u. 46.

durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig zu erwerben unterläßt. Vom Grund und Inhalt dieser Abzüge ist schon bei ähnlicher Gelegenheit (§ 28) gehandelt worden.

Hat anderseits der Unternehmer die Herstellung des Werkes unter Umständen übernommen, die nicht auf die Bedingung einer in minimo taxmäßigen oder üblichen Vergütung schließen lassen, oder muß angenommen werden, daß er in der Quotalverabredung auf die gewöhnliche Vergütung verzichtete[6]), so kann er nach der Werksistirung für seine bisherige Mühewaltung aus der partiarischen Lohnklausel nichts fordern. Das kann in diesem Fall nicht Wunder nehmen, wenn wir sehen, daß sogar bei Auflösung der Gesellschaft für die in bloßen Dienstleistungen bestehenden Einlagen kein Ersatz verlangt werden kann (§ 733 Abs. 2). — Trifft umgekehrt bei der Sistirung des Werkes den Besteller ein Verschulden, so hat er in allen Fällen dafür Ersatz zu leisten, und bleiben die sonstigen Rechte des Unternehmers unberührt. Das wird zwar in § 649 nicht, wie bei ähnlichen Gelegenheiten (vgl. §§ 628, 645) besonders hervorgehoben, ergibt sich jedoch aus allgemeinen Grundsätzen unmittelbar[7]). Die Situation ist durchaus analog. Wenn in den letztcitirten Fällen sogar die Kündigung des Arbeiters aus Gründen, die dem Arbeitgeber zum Vorwurf gereichen, die betreffenden Schadensersatz- und sonstigen Ansprüche des Arbeiters gegen den Besteller entstehen läßt, so muß dies bei der vom Besteller selbst ausgehenden Kündigung

6) Z. B. wenn die Quote nur einen Zuschlag zu anderweitigem festen Lohn bildete, der nun gleichwohl zur Auszahlung gelangt. — Anderseits wird der Verzicht niemals soweit gehen, daß der Unternehmer nicht für seine schon gemachten Auslagen Vergütung haben will, wenn das Werk nicht zur Ausführung gelangt. Die letzteren sind ihm also bis zur Höhe des üblichen oder taxmäßigen Lohns in jedem Falle zu ersetzen.

7) Vgl. oben § 27 lit. c, § 45 lit. d.

bei sonst gleicher Sachlage um so viel mehr der Fall sein. Wenn § 649 der weitergehenden Haftung des Bestellers wegen Verschuldens nicht Erwähnung thut, so rührt das wohl daher, daß hier die Auflösung in dem gegebenen Fall vom Schuldigen selbst ausgeht, in den erwähnten anderen Fällen von seinem unschuldigen Gegner: so daß dort der Auffassung vorzubeugen war, als liege in dem Rücktrittsrechte schon der Schutz, der dem unschuldigen Theil wegen der Vertragsverletzung seines Gegners gewährt werde. Dieses Mißverständniß war im Fall des § 649 nicht zu befürchten.

Der Grundsatz jederzeitiger Kündbarkeit des Werkes durch den Besteller gilt auch für die Geschäftsbesorgung. Die weitergehende Vorschrift des § 671, die auch dem Beauftragten ein ausgedehntes Kündigungsrecht gibt, ist auf den Dienst- und Werkvertrag nicht anwendbar (vgl. § 675). In dieser Hinsicht behält es bei den obigen Grundsätzen beider Verträge sein Bewenden. Die Geschäftsbesorgung erlischt im Zweifel durch den Tod des Uebernehmers (nicht des Auftraggebers) (§§ 672, 673 BGB, vgl. § 675). Doch müssen dessen Erben den Todesfall, der das Erlöschen des Werkvertrags bewirkt, dem Auftraggeber unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, anzeigen und die Ausführung der Besorgung, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, solange fortsetzen, bis der Besteller anderweitig Fürsorge treffen kann. Der Auftrag gilt insoweit als fortbestehend. Es geht also auch die entsprechende Haftpflicht des Unternehmers auf die Erben über. Erlischt der Auftrag ausnahmsweise mit dem Tode (oder der Geschäftsunfähigkeit) des Bestellers, so hat der Unternehmer gleicherweise, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden, die Besorgung des übertragenen Geschäftes fortzusetzen, bis der Erbe oder der gesetzliche Vertreter des Bestellers weitere Fürsorge treffen

kann (§ 672). Der in anderer Weise als durch Kündigung (Widerruf) erloschene Auftrag gilt überdies in allen Fällen zu Gunsten des Uebernehmers als fortbestehend, bis er von der Beendigung des Verhältnisses erfährt oder das Erlöschen kennen muß (§ 674). Durch die hervorgehobenen drei Möglichkeiten kann unter Umständen das in Auftrag gegebene Geschäft noch ganz zur Ausführung gelangen[8]).

Kommt es nicht mehr zur Ausführung, so ist davon auszugehen, daß der Unternehmer zunächst ein Recht auf den Ersatz der Aufwendungen hat, die er zum Zweck der Ausführung des Auftrags machte und den Umständen nach für erforderlich erachten durfte (§ 670). Dieser Anspruch wird von der Aufhebung des Kontraktverhältnisses gar nicht berührt[9]). Was die Vergütung des Uebernehmers angeht, so entfällt der Inhalt der partiarischen Klausel mit Nichtausführung des Werks von selbst. Ob aber der Surrogatlohn resp. ein entsprechender Theil desselben an die Stelle des unmöglich gewordenen partiarischen Lohnes tritt, ist nicht nur nach den allgemeinen Voraussetzungen dieser Surrogation (Anm. 5), sondern auch danach zu beurtheilen, ob der Besteller oder dessen Erbe hier überhaupt Lohn verschuldet: was von der Anwendung der Grundsätze der Gefahrtragung beim Werkvertrag (vgl. §§ 641, 644—646) bezw. davon abhängt, ob die getroffene Vereinbarung einen aus Dienst- und Werkvertrag gemischten Charakter hat[10]), sodaß die vor der Vertragsauflösung geleisteten Dienste auch als solche, d. h. abgesehen von der Erreichung des Erfolges zu entlohnen sind.

8) Mit der entsprechenden Folge der Auszahlung des ganzen bedungenen Lohns.

9) Denn bereits entstandene Verbindlichkeiten werden durch die Beendigung des Kontraktverhältnisses nicht aufgehoben. Neue können danach nicht mehr entstehen.

10) S. oben § 36.

Drittes Kapitel.

Partiarisches Darlehen und ähnliche Kreditgeschäfte.

I. Begriff und Bedeutung.

§ 53.

a) Darlehen und Zins.

Um als partiarischer Vertrag in Betracht zu kommen, muß das Darlehen entgeltlich sein. Denn wie schon mehrfach betont, sind unentgeltliche Geschäfte für unsere Rechtsfigur gänzlich unbrauchbar. Der Entgelt besteht beim Darlehen regelmäßig in der Leistung von Zinsen, die nach Prozenten des Kapitals berechnet werden. Es handelt sich also hier um eine der Provision (oben § 25) verwandte Leistung. Und wenn auch in der Regel ohne besondere Verabredung das Darlehen zinslos (gratuitum) ist[1]), so kann doch, wer in Ausübung seines Handelsgewerbes einem Anderen Darlehen, Vorschüsse, gibt oder für ihn Auslagen oder andere Verwendungen macht — geradeso wie für Dienstleistungen und andere Geschäftsbesorgungen Provision — auch für die Kreditirung oder sonstige Geldaufwendung ohne besondere Verabredung Zinsen im üblichen Betrage fordern[2]) (§ 354 HGB).

1) So auch nach dem BGB § 608: Sind für ein Darlehen Zinsen bedungen, so sind sie . . . zu entrichten.

2) Vgl. dazu oben § 25 Note 8 ff. u. Cit. — Für unsere Zwecke haben wir nur mit Geldkapitalien und Geldzinsen zu thun. Der

Statt dieser gesetzlichen oder sonst nach der allgemeinen Form (§§ 246 ff. BGB) bedungenen Zinsen[3]) ist nun auch andere Vergütung für Kapitalsüberlassung möglich. Wie in dem vorerwähnten Beispiel statt der gewöhnlichen Provision für Dienste ein anderer Lohn bedungen werden kann, so auch beim Darlehen statt der Zinsen ein anderer Entgelt. Wenn wir sagen, daß das Darlehen in der Regel zinslos ist, so heißt das nicht, daß es im Gegenfall nur Zinsen bringen könne. Vielmehr ist „Zins" beim Darlehen etwas Anderes als Zinsen: die Vergütung kann in anderer Art bemessen sein, als nur nach Prozenten des Kapitals. Ein Hauptfall solcher andersartigen Vergütung ist eben die partiarische. Dadurch wird das Darlehen zum partiarischen Vertrag.

Der „Zins" in diesem weiteren Sinne steht in Ansehung seiner vertraglichen Beredung unter dem Grundsatz der Parteifreiheit, kann also auch so ausbedungen werden, wie wir dies hier zur Konstruktion des partiarischen Vertrags vorauszusetzen haben. Es bestehen keine anderen Schranken als die allgemeinen, daß die Vereinbarung nicht gegen Gesetz und Sitte, also hier insbesondere nicht gegen die maßgebenden Wuchervorschriften verstoßen darf[4]). Zu diesem Zwecke sind gegebenenfalls, d. h. beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des Wucherbegriffs (Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit des Schuldners

---

Fall, daß die Valuta nicht in Geld, sondern (§ 607 BGB) in anderen vertretbaren Sachen besteht, bietet für die partiarischen Kontrakte kein besonderes Interesse.

3) Wir unterscheiden Zinsen als die übliche (prozentual bemessene), von anderer Vergütung für Kapitalsüberlassung. Gegen die übliche Begriffsbestimmung der Zinsen v. Petrażycki, Die Lehre vom Einkommen II S. 123 ff., bes. S. 270 ff. Wir haben es hier jedenfalls nur mit Vergütung zu thun.

4) Vgl. § 138 BGB bezw. die Reichsgesetze v. 24. Mai 1880 u. 19. Juni 1893. S. auch Motive II S. 310.

u. s. w.), Leistung und Gegenleistung gegeneinander abzuwägen und nach ihrem etwa vorhandenen „Mißverhältniß" zu untersuchen. Ein solcher Mißbrauch, der auch beim partiarischen Kontrakt mit unterlaufen kann, hat selbstverständlich auf die prinzipielle Zulässigkeit des letzteren keinen Einfluß.

Man hat das verzinsliche Gelddarlehen in neuerer Zeit mit einer Geldmiethe (locatio-conductio pecuniae) verglichen, und wirthschaftlich ist daran ja auch sicherlich etwas Wahres. Bezweckt die Sachmiethe die zeitweise Ueberlassung von Sachen zum Gebrauch, so will auch der Darlehensnehmer eine Summe Geldes leihen, d. h. zum Gebrauche überlassen erhalten unter der Verpflichtung der Rückgabe nach Beendigung des Gebrauchszweckes bezw. der Zeit, während welcher geliehen worden ist. Nur die eigenthümliche Natur des Leihobjekts: die Vertretbarkeit, ja man kann sagen, Verbrauchbarkeit des Geldes bringt es mit sich, daß der Leihezweck hier nur durch Uebermachung des Kapitals zu Eigenthum an den Empfänger unter Verpflichtung des letzteren zur Rückgabe einer gleichen Summe verwirklicht werden kann. Aber der Gebrauchszweck (Leihezweck) wird dadurch sowenig ausgeschlossen, wie das depositum irregulare oder der Quasiususfruktus ihrer Natur als depositum oder Usus fruktus dadurch entkleidet werden, daß sie auf Fungibilien gehen, und nicht idem corpus, sondern nur tantundem eiusdem qualitatis oder der Werth zurückgegeben werden soll. Unter diesem wirthschaftlichen Gesichtspunkt reihen wir das Darlehen hier an die partiarischen Lokationen an.

Vom Standpunkt der juristischen Struktur aus bin ich freilich nichts weniger als geneigt, mit den Verfechtern der neuern Theorie einer locatio-conductio pecuniae, oder über-

haupt eines Konsensualdarlehens[5]) zu paktiren. Nicht weil sie an sich unmöglich wäre — was läßt sich nicht Alles aus dem Parteiwillen deduziren oder in ihn hineinlegen — sondern vornehmlich aus Gründen der historischen Entwickelung, der praktischen Brauchbarkeit des Resultats und schließlich auch der positiven Entscheidung der Kontroverse in unserm neuesten Recht. Hier ist die Auffassung des Konsensualdarlehens mit gutem Grunde abgelehnt (vgl. §§ 607, 610 BGB). Das Darlehen ist ein Realkontrakt, nicht nur nach römischem, sondern auch nach heutigem Recht. Allerdings reicht die römische Begründung heutzutage nicht mehr aus[6]). Dort war das mutuum in den Formalismus des

5) Vgl. Demelius i. Jhering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 3 S. 408, Unger, eod. Bd. 8 S. 5, Kohler i. Archiv f. bürg. Recht Bd. 2 S. 211 u. A. Neuestens will Lammfromm, Theilung, Darlehen, Auflage u. Umsatzvertrag (1897) S. 66 ff. 173 ff. das Darlehen für ein fiduziarisches Rechtsgeschäft erklären, bestimmt aber den Charakter der letzteren selbst nicht richtig, wenn er für genügend erklärt, daß das Mittel (Eigenthumsübertragung) über seinen Zweck hinausgreife. Was er S. 75 ff. zur Entkräftung dieses Einwands vorbringt, ist unstichhaltig. Der Fiduziar muß eine rechtliche Macht erhalten, die er zu nicht beabsichtigten Zwecken mißbrauchen kann. Sonst fehlt die Vertrauensstellung, die er begrifflich einnimmt. S. auch Regelsberger, Pandekten I S. 518. Der Darlehensnehmer kann nun allerdings das Kapital verbrauchen und nicht zu gehöriger Zeit zurückgeben — aber zum Verbrauchen hat er das Kapital erhalten, da man Geld in anderer Weise überhaupt nicht gebrauchen kann bezw. beim Darlehen brauchen will. Es bleibt also von Mißbrauchsmöglichkeiten nur die nicht rechtzeitige Rückgabe übrig. Aber welcher Schuldner kann nicht in dieser Weise seine Pflicht verletzen? Thut das nicht auch Verkäufer, der, statt zu liefern, die verkaufte Sache anderweitig nochmals verkauft, in noch viel höherem Grade? Und doch hat ihn noch Niemand als Fiduziar bezeichnet. Vollends wenn Lammfromm selbst mit allem Nachdruck den Satz vertheidigt, es gehöre zum Wesen des Darlehens keine unmittelbare Kapitalverschaffung, so wird die Möglichkeit des Mißbrauchs noch viel kleiner. Ja man kann fragen, inwiefern liegt in dem dem Entleiher „darlehenshalber abgegebenen Versprechen" (S. 215) überhaupt noch ein Mittel, das über seinen Zweck hinausgreift?

6) Eine geschichtliche Darstellung des alten Streites ist hier

herrschenden Kontraktssystems gebunden, Kausalverabredungen wesentlich nur in Gestalt der vier bekannten Konsensualkontrakte mit vollgültiger Verpflichtungskraft möglich. Beim Darlehen stützte sich, wie bei den anderen benannten und unbenannten Realkontrakten, diese Verpflichtungskraft in erster Linie auf die res, wenn auch noch ein Formalversprechen auf Rückzahlung (stipulatio) hinzukommen konnte[7]). Jedenfalls war hiernach der Vertrag rein einseitig. Der Umstand, daß zu der Willenseinigung der Parteien eine reale Hingabe hinzukommen mußte, gründete sich nicht so sehr auf die Natur des Darlehens, als auf ein allgemeines nationalrömisches Prinzip, wonach die civilistische Verpflichtungskraft dieses und unzähliger anderer Verträge erst von der res, der von der einen Seite vorausempfangenen Leistung ihren Anfang nahm. Es war in Folge dessen auch das pactum, welches nicht selten das Geben und Nehmen eines Darlehens vorbereitet, nach römischen Rechte klaglos, weil demselben weder die Verpflichtungskraft der res noch eines der anderen Konsensualverträge zu Gute kam. Nur in der Form der stipulatio war eine derartige Verabredung klagbar. Dem deutschen Rechtsbewußtsein lag dieses römische Prinzip so fern als möglich, und ist es daher schon in dem bisherigen gemeinen Recht von Grund aus umgestaltet worden[8]). Das Ergebniß dieser gewohnheitsrechtlichen Entwickelung war, daß alle Verträge im Wesentlichen gleich

nicht zu geben. Vgl. Eisele i. d. Ztschr. f. schweizer. Recht Bd. 25 S. 1.

7) Mit dem Verhältniß dieser Stipulation zum Darlehen im römischen Recht beschäftigen sich Wendt, Der Real-Verbalkontrakt des röm. Rechts in Ihering's Jahrb. für Dogmatik Bd. 28 S. 1; Pernice, Parerga IV, Der sog. Real-Verbalkontrakt i. d. Ztschr. d. Sav. Stift. f. Rechtsgesch. Rom. Abth. Bd. 13 S. 246; Puntschart, Moderne Theorie des Privatrechts (1893) S. 368 ff.; Lammfromm a. a. O. S. 179 ff.

8) Vgl. über diese Entwickelung A. L. Seuffert, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge (1881) u. Stintzing i. d. Krit. Vjschr. Bd. 23 S. 489.

behandelt und, wenn sie nur eine causa honesta hatten, auch als klagbar angesehen wurden. Damit fiel die Nothwendigkeit der stipulatio, und das pactum de mutuo dando ist heutzutage ebenso wie andere pacta klagbar. Wenn aber die Gewährung eines Darlehens jetzt ebenso gültig und formlos bedungen werden kann, wie die Rückgabe des gewährten, so folgt daraus noch nicht, daß beide Akte, die früher nothwendig geschieden waren, nun heutzutage nothwendig in einen Akt zusammenfließen. Der Parteiwille kann freilich dahin gehen, sie zusammenzuschmelzen, sodaß nur ein (zweiseitiger) Kontrakt entsteht, in welchem sich die eine Partei (der Kreditgeber) zur Zahlung der Valuta, die andere zur Rückgabe nach Empfang und demnächstiger vertragsmäßiger Verwendung verpflichtet. Eine solche Auffassung steht aber mit dem oben angedeuteten geschichtlichen Entwickelungsgang, der nur in einer Reaktion gegen den römischen Kontraktsformalismus bestand, mit Umstürzung der Grundregel aber noch keineswegs alle Erscheinungsformen dieser letzteren auf den Kopf zu stellen braucht, die sich aus anderen Gründen halten lassen, in keinerlei nothwendiger Verbindung; und speziell beim Darlehen ist es denn auch über bloße Versuche des Ansturms nicht hinausgekommen. Wie bei der Aenderung einer Rechtsregel durch neuere Gesetze stets im Einzelfall zu prüfen ist, ob mit derselben zusammenhängende Spezialvorschriften als mitaufgehoben anzusehen sind oder als Ausnahmen der neuen Regel fortgelten, so ist auch hier aus der Natur des Darlehens die Frage zu beantworten, ob nicht, was ehemals aus einer allgemeinen Regel folgte, bei Aenderung dieser Regel dennoch bis zu gewissem Grade fortbesteht, weil es aus anderem Grund als Ausnahme der neuen Regel eine selbständige Existenzberechtigung hat. Die Abscheidung des vorbereitenden Vertrages über Geben und Nehmen des Darlehens von den Pflichten, die sich an die Hingabe und Annahme der Dar-

lehensvaluta selbst knüpfen, ist aber innerlich gerechtfertigt und entspricht entschieden der überwiegenden Auffassung des Lebens. Sehr häufig wollen die Parteien bei den Vorverhandlungen über das Darlehen noch gar nicht gebunden sein; die Verkehrsauffassung betrachtet als Anfang des Darlehens unzweifelhaft die Hingabe und Annahme der Valuta. Jede andere Auffassung ist gekünstelt, preßt das Leben in die Schablone grauer Theorie und richtet sich — nicht etwa durch Mangel an Logik, aber durch den mangelnden Kontakt mit dem, was täglich vor unsern Augen vorgeht[9]). Es gilt das vollends von der neuerdings vertretenen Ansicht, daß ein Darlehen mit Leistungspflicht des Kreditnehmers überhaupt ohne jegliche reelle Vorleistung des Darleihers möglich sei — womit der Fall nicht zu verwechseln ist, daß ein Darlehen mittelst Belassung des aus anderem Grunde Geschuldeten crediti nomine zu Stande kommen kann. Denn dort ist reell vorgeleistet: dem Darlehensschuldner unmittelbar das Kapital verschafft, wie denn auch Ulpian mit dürren Worten sagt (l. 15 Dig. de reb. cred.):

> ut cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta.

Wie kann also Lammfromm sagen[10]), vom Darlehen unmittelbare Kapitalverschaffung zu verlangen, sei petitio principii, und daß die Römer von diesem Prinzip nicht ausgegangen seien, werde durch die Zulassung des letztgenannten Darlehensfalles bewiesen?![11]). Was aber die petitio anlangt,

9) Daran wird Nichts dadurch geändert, daß selbst das Reichsgericht gelegentlich diesen Kontakt verloren hat. Vgl. Entsch. d. RG Bd. 32 S. 366—367.

10) Theilung, Darlehen ꝛc. a. a. O. S. 210.

11) Auch § 607 Abs. 2 BGB läßt die Entstehung eines Darlehens in dieser Weise zu, obschon das Darlehen hier prinzipiell nur als Realkontrakt anerkannt ist. Die Vorschrift wird damit begründet, daß ihre Aufnahme in das Gesetz durch die Vorsicht geboten

so wurde schon betont, daß über die These des Verfassers nur das Leben, von dessen grüner Weide dieser Schriftsteller seltsam abirrt, befriedigenden Aufschluß zu geben im Stande ist.

Oder ist es nicht eine solche Verirrung, wenn Lammfromm im weiteren Verlaufe seiner Darstellung[12]) eine praktisch verwerthbare Grenzlinie zwischen dem pactum de mutuo dando und einem bloßen darlehenshalber gegebenen Kapitalversprechen im Folgenden gefunden zu haben glaubt:

> Bezwecken die Kontrahenten mit dem Vertrag, dem Versprechensempfänger den schon in der Forderung selber unabhängig von ihrer Solution liegenden Kapitalswerth zu verschaffen, so liegt ein darlehenshalber abgegebenes Versprechen, ein Darlehen vor; im anderen Falle, wo es sich lediglich um die Sicherung der Anwartschaft auf künftige Kapitalsverschaffung handelt, ist im Zweifel ein pactum de mutuo dando anzunehmen.

Ich möchte nur wünschen, daß mir der Verfasser ein Mittel zur Entscheidung an die Hand gäbe, nach welchem sich im konkreten Fall bestimmen läßt, ob dem Kreditnehmer darlehenshalber blos der in der begründeten Forderung selbst unabhängig von ihrer Solution liegende Kapitalswerth oder das Kapital selbst gegeben werden sollte. Ich glaube, wenn ein solches Promissionsdarlehen das Licht der Wirklichkeit erblickte, so würde keinerlei Vertragsinterpretation so schwer sein wie diese. Vor der Hand aber wird wohl keine leichter sein. Denn wenn das Darlehen den leihweisen Gebrauch von Kapitalien bezweckt, was doch auch Lammfromm als richtige Grundlage des Verhältnisses anerkennt[13]), so dürfte ein so transzendentaler Gebrauch,

sei. Durch sie werde der Gläubiger, der mit der Darlehensklage auftritt, gegen den Einwand des Schuldners sichergestellt, er habe kein Darlehen erhalten und es sei deshalb die unrichtig fundamentirte Klage abzuweisen. Motive II S. 312.

12) S. 214ff. a. a. O.

13) Vgl. Lammfromm a. a. O. S. 70ff.

wie er in der Einheimsung eines derartigen Kreditversprechens liegt, den Bedürfnissen auch des verschämtesten Darlehensnehmers kaum genügen[14]).

Aber auch wenn sich die Parteien in den vorbereitenden Verhandlungen über das Geben und Nehmen des Kapitals schon haben binden wollen, beginnen nach der Auffassung des Lebens, welcher das Bürgerliche Gesetzbuch gefolgt ist[15]), die dem Darlehensvertrage eigenthümlichen Verpflichtungen erst mit der Hingabe und Annahme der Valuta, und die vorherige Verabredung hat nur den Charakter eines vorbereitenden Vertrages (Vorvertrag). Darum gehört bei der Darlehensklage die Behauptung der Hingabe des Kapitals zum Klagegrunde; der Vorvertrag auf die Gewährung des Kapitals zu Darlehenszwecken ist zwar vollkommen verpflichtend, aber steht für sich — bildet noch nicht das Darlehen[16]). Er wird durch Abschluß des Darlehensvertrages (Geben und Nehmen der Valuta nebst Uebernahme der damit zusammenhängenden Verpflichtungen) ausgeführt. Es entsteht also kein Darlehen, wenn Derjenige, zu Gunsten dessen die vorbereitende Verpflichtung übernommen wurde, auf die Kapitalshingabe verzichtet oder sich statt der letzteren in anderer Weise unterstützen läßt. Z. B. er bedurfte des Darlehens zur Beschaffung einer individuellen Sache oder zu einem Hausbau, und der Vor-

14) Damit soll selbstverständlich nicht gesagt sein, daß nicht unter Umständen, um den Kredit einer Person zu heben, auch das Mittel gewählt werden kann, daß andere Personen ihr versprechen oder (besser noch) bekennen, ihr etwas schuldig zu sein. Aber derartige Geschäfte sind kein Darlehen. Vgl. z. B. §§ 780 ff. BGB.

15) §§ 607, 610. Entsprechend dem Vorgang der meisten neueren Rechte. Vgl. Preuß. ALR I Tit. 11 § 653, Code civil Art. 1892, Oesterreich. BGB § 983, Sächs. BGB § 1067 u. A.

16) Vgl. bes. Regelsberger, Civilrecht. Erörterungen I (1868) bes. S. 129; Degenkolb, Der Begriff der Vorverträge (1871) u. im Archiv f. civ. Praxis Bd. 71 S. 1, bes. S. 54; Adler, Realkontrakt und Vorvertrag (1892).

vertragsschuldner liefert mit seiner Zustimmung die Sache selbst oder erbaut das Haus aus eignen Mitteln. Hat wohl im Leben Jemand daran gedacht, daß das im Darlehensvertrage (Konsensualdarlehen) geschehe? Vielmehr kommt hier auf Grund des Vorvertrages ein ganz anderes als das ursprünglich beabsichtigte Geschäft zu Stande und ist Erfüllung des Vorvertrags, weil die Parteien dies so wollen. Der Inhalt des Vorvertrags geht auf ein facere (Darlehensbegründung), nicht blos auf Kapitalsleistung (dare) als Erfüllung der Vertragspflicht des einen Theils in gegenseitigem Vertrage: daher ist der Anspruch des Darlehensnehmers auf die Valuta nicht cessibel, nicht pfändbar durch seine Gläubiger, und gegen die Klage aus dem Vorvertrag die Einrede der Kompensation mit Gegenforderungen wider den Darlehnssucher unstatthaft[17]).

§ 54.

b) Dividende.

Das Darlehen ist partiarisch, wenn die für die erfolgte Kapitalshingabe bedungene Vergütung nicht in Zinsen des Kapitals und ebensowenig in anderen in ihrem Betrage fest bestimmten Leistungen, sondern in einem Antheil des Darlehnsgebers am Ertrage dessen besteht, was von dem Darlehnsnehmer durch den vertragsmäßigen Gebrauch des hingeliehenen Geldes während der Zeit des Kreditums gewonnen wird. Der Darlehnsnehmer steckt, um das einfachste Paradigma aufzustellen, das aufgenommene Geld in sein Geschäft oder eröffnet vielleicht damit erst seinen ganzen Betrieb. Der

17) Die gegentheiligen Ergebnisse (beim Konsensualdarlehen) widersprechen den allgemeinsten Anschauungen des Verkehrs, an denen das von Lammfromm a. a. O. S. 212ff. Gesagte wenig ändern wird. Sie sind vom Bürgerlichen Gesetzbuch keinesfalls gewollt (vgl. Motive II S. 306) und sicherlich auch nicht von den Parteien.

Darlehnsnehmer hält sich statt der Zinsen einen periodischen Antheil von dem Geschäftsgewinn des Inhabers aus, der also auch hier wieder der arbeitende Theil ist. Der Antheil kann wie stets vom Brutto- oder Reinertrag gemeint sein; gewöhnlich ist er es von letzterem. Die Vergütung des Darlehnsgebers besteht hier also in einer Dividende vom Geschäftsgewinn des Arbeiters — von den Erträgnissen seines Betriebes. In diesem Sinne reiht sich das partiarische Darlehen in die Kategorie derjenigen Verträge ein, welche den Ausgleich zwischen Kapital und Arbeit durch Paralleliſirung der Interessen beider in den Formen des Rechts herbeiführen sollen[1]). Ohne das Kapital als erforderliche Unterlage des Betriebs kann hier der Arbeiter nichts schaffen. Er bedarf des Geldes und muß dafür dem Geber etwas bieten. Der letztere hingegen will nur so vortheilhaft wie möglich kreditiren, wenn also der Erfolg den Unternehmer lohnt, auch seinerseits dabei gewinnen, m. a. W. am Ertrag der Unternehmung mit einer sog. Dividende betheiligt sein[2]). Umgekehrt ist dem Entleiher wohl damit gedient, daß er, wenn seine Hoffnungen und Berechnungen fehlschlagen, nicht soviel Zins zu zahlen braucht, als wenn

1) Allerdings ist hier das Verhältniß umgekehrt, — nicht der Arbeiter, sondern der Kapitalist ist Gläubiger der Quote. Die letztere wird nicht für eine Arbeit, sondern von einer Arbeit zugesagt. Aber was für den Arbeiter möglich ist, muß mutatis mutandis auch für den Kapitalseigner möglich sein. Das Recht kennt in dieser Hinsicht keinerlei Bevorzugungen. Auch ist das Entleihen auf Dividende durchaus nicht unsozial (arbeiterfeindlich). Denn einmal erleichtert diese Kreditform vielfach dem Arbeiter die Aufnahme des Darlehens durch die Gewinnaussicht, die er dem Herrn des Kapitals eröffnet, und anderseits braucht er, wenn die Geschäfte schlecht gehen, auch keinen Zins zu zahlen, ist also relativ gesicherter als ein gewöhnlicher Darlehensnehmer.

2) Es wird sich empfehlen, die verschiedenen Ausdrücke: Tantième, Provision (§§ 24—25), Dividende, als technische für die verschiedenen Fälle wohl auseinanderzuhalten. S. schon oben § 47 Note 4.

sein Unternehmen prosperirt. Die Dividende kann der einzige, oder nur ein Theil der dem Geldgeber versprochenen Vergütung sein[3]), sodaß im erstern Fall der Arbeiter bei mangelndem Gewinne oder bei Verlust überhaupt keine Vergütung für den ihm eröffneten Kredit, im letzteren nur den fest bedungenen Zins zu zahlen hat. So dient das partiarische Darlehen den Interessen beider Theile, die gleichwohl auch hier unverfälschte Sonderinteressen bleiben, und überbrückt die soziale Kluft zwischen dem Kapitalisten und dem Arbeiter, indem es letzterem nicht allein das Risiko der Unternehmung aufbürdet, sondern bis zu gewissem Grade die Gefahr auf den Geldgeber mit überträgt und diesen dadurch auch in erhöhtem Maße antreibt, sich seines Schuldners anzunehmen und ihm im Nothfall über Schwierigkeiten materieller und selbst persönlicher Natur hinwegzuhelfen.

Auch hier liegt also, wie das Ausgeführte schon zur Genüge ergibt, nichts weniger als eine Gesellschaft vor. Es fehlt der Wille der Parteien, sich gegenseitig als Genossen anzunehmen und zu bestimmtem gemeinschaftlichem Zweck zusammenzuwirken. Bei dem in Rede stehenden Verhältniß ist der Zweck für jede der Parteien ein durchaus verschiedener, ausschließlich egoistischer[4]). Gesellschaftsvertrag und partiarisches Darlehen sind Gegensätze, zwischen denen keine Vermittelung möglich ist, wenngleich die sichere Erkenntniß

3) S. oben § 3 gegen Ende.

4) Wir haben das oben (§ 21 nach Note 12) als Umsatzzweck, im Gegensatz zum Gesellschaftszweck bezeichnet, und es ist nach den im vorigen Paragraphen erwähnten wirthschaftlichen Gesichtspunkten kein Anlaß, von dieser Gegenüberstellung abzugehen. Vgl. auch über die Umsatznatur des verzinslichen Darlehens, v. Böhm-Bawerk, Kapital und Kapitalzins I S. 308, II S. 300; Lenel, Die Lehre von der Voraussetzung, i. Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 74 S. 234; Kohler i. Archiv f. bürg. Recht Bd. 2 S. 220, 227 ff.; Bekker, Pandekten II S. 156 u. A. Man braucht nicht einmal soweit zu gehen wie die letzteren, um dem hier vertretenen Gegensatze zuzustimmen.

des Wesens jedes einzelnen in concreto vorkommenden Vertrags nicht selten Schwierigkeiten machen kann. Denn die den beiderseitigen Begriff abgrenzenden Momente liegen vorzugsweise nach der innern Seite, der Absicht der Parteien zu. Doch ist die richtige Wesensbestimmung der getroffenen Verabredung auf Grund der angegebenen Kriterien des einen oder anderen Geschäftes und der daraus entspringenden Detailfolgen hier ebenso wie bei den schon besprochenen anderen partiarischen Kontrakten möglich[5]). Auf den bei Abschluß des Vertrags vorhandenen Willen ist wie stets aus dem zu schließen quod actum est; also aus den Rechten, die den Parteien nach dem Inhalt des Vertrages gegeneinander resp. gegen Dritte zustehen, und zwar aus der Gesammtheit der Klauseln, welche diese ihre Rechtsstellung aus dem Vertrag bedingen. Daraus ergibt sich zunächst, ob Kapitalist und Unternehmer sich als Sozien zusammengethan haben und einen gemeinschaftlichen Zweck, der Eine durch Hingabe des Fonds, der Andere durch dessen zweckmäßige Verwendung nach Maßgabe gemeinsam festgestellter Grundsätze verfolgen, oder ob Jeder nur, getrennt vom Anderen, ausschließlich seine eigenen Interessen im Auge hat. Freilich besteht im letzteren Falle hier kein Unterordnungsverhältniß der einen Partei unter die andere[6]), welche, wie sonst nicht selten, das partiarische Geschäft im Gegensatze zur Gesellschaft, wo die Sozien dem Wesen nach Genossen gleichen Rechtes sind, kennzeichnet. Auch aus der allgemeinen sozialen Stellung der Parteien ergibt sich hier kein Anhaltspunkt für die Begriffsbestimmung, da der Geldgeber und der Empfänger durchaus derselben wirthschaftlichen und

5) S. oben §§ 8 u. 22.

6) Sei es ein direktes Unterordnungsverhältniß im eigentlichen Sinne, wie bei der Anstellung von Arbeitern, oder ein weiteres in dem Sinne, daß die Arbeit wenigstens im Allgemeinen nach den Weisungen des andern Theiles zu erfolgen hat. S. noch unten.

gesellschaftlichen Klasse angehören können, ohne daß doch Gesellschaft vorliegt. Ja es wird in unserm Falle die Vertragsauslegung nicht selten mit direkter Simulation von Seiten der Kontrahenten zu kämpfen haben, indem die letzteren oft geneigt sind, den Vertrag, wenn er Gesellschaft ist, den Regeln und der Form des partiarischen Darlehens, und umgekehrt wenn letzteres vorliegt, denen des Gesellschaftsrechts zu unterstellen, ihn also für etwas anderes auszugeben als er wirklich ist. Die Gründe dazu sind mannigfaltig; z. B. um gewisse Wucher- oder Steuervorschriften zu umgehen, — wegen des Verbotes für gewisse Personen, Handel zu treiben oder in eine Gesellschaft (insbesondere des Handelsrechtes) einzutreten, wo dann das eingeschossene Kapital als bloßes Darlehen gegen Dividende, also als bloße Kapitalanlage ausgegeben wird. Aber gerade die häufig leicht erkennbaren Zwecke einer solchen Simulation geben auch das Mittel zur richtigen Wesensbestimmung des abgeschlossenen Vertrages an die Hand, wofür es selbstverständlich nicht auf Namen und äußere Einkleidung, sondern auf den materiellen Inhalt der Verabredung und die sich daraus ergebenden Parteirechte und Pflichten ankommt. Die Einzelheiten dieser Rechtsstellung des Gebers und Empfängers beim partiarischen Darlehen werden erst später zu erörtern sein; im Allgemeinen läßt sich sagen, daß bei dem letzteren Vertrag der Geldgeber, also der dividendenberechtigte Kapitalist im Gegensatz zu einem Sozius keinerlei Einfluß auf die Leitung des von ihm subventionirten Unternehmens hat und auch zu einer Beaufsichtigung des Betriebes und der kaufmännischen Geschäftsführung nicht berechtigt ist, wie letztere regelmäßig einem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter zusteht[7]). Die Unternehmung, der Geschäftsbetrieb,

7) Vgl. § 716 BGB.

ist eben nicht sein eigener; der Vorschußgeber ist nicht daran betheiligt, er ist nur Gläubiger des Kapitals und, bis zur Fälligkeit des letzteren, der Quote am Gewinn der Unternehmung. Dagegen ist nicht ausschlaggebend, wenn nach dem Inhalt des Vertrags der Geldgeber nicht am Geschäftsverlust betheiligt sein soll, da letztere Verabredung mit dem Wesen der Gesellschaft, wie wir sahen, wohl vereinbar ist. Dies gilt für Civilsozietäten nicht minder wie für die stille Gesellschaft des Handelsrechts[8]). Auch ob das hingegebene Geld dem anderen Kontrahenten übereignet oder gemeinschaftlich gemacht worden ist — was vielfach als Kriterium des Darlehens- oder Gesellschaftszweckes ausgegeben wird[9]) — ist weder entscheidend[10]) noch auch in vielen Fällen überhaupt sofort erkennbar, vielmehr erst durch Schlußfolgerung aus dem anderweit ermittelten Wesen des abgeschlossenen Vertrages zu bestimmen, da thatsächlich nichts weiter vorliegt, als daß das Geld in das „Geschäft" verwendet worden ist. In welcher Funktion dieses geschah, ergibt sich erst mittelbar aus den in ihrem Umkreis näher bestimmten Rechten der Parteien, insbesondere auch in Ansehung der späteren Rückerstattung, nämlich ob dann das Kapital in gleicher Summe zurückzugeben oder statt dessen eine Quote der alsdann vorhandenen Aktiven nach Ab-

8) Schon aus dem ehemaligen Art. 250 HGB war nicht das Gegentheil zu schließen. Vgl. Entsch. des ROHG Bd. 12 S. 98 u. des RG Bd. 20 S. 163, Bd. 27 S. 13, Bd. 30 S. 57 u. Bd. 31 S. 33 (gegenüber einer anfänglichen Schwankung in Bd. 3 S. 9). Die Novelle des Handelsgesetzbuchs hat in der Begriffsbestimmung der stillen Gesellschaft die Quelle des Zweifels, die Worte „gegen Antheil an Gewinn und Verlust" beseitigt. Das entspricht nicht nur der juristischen Konsequenz, sondern auch der Anschauung des Handelsverkehrs. § 335 HGB.

9) Vgl. Entscheidung des französischen Kassationshofs vom 9. Juli 1885 bei Dalloz, Recueil, Bd. 86 I S. 301 ff. und Note.

10) Da eine Einlage auch zum gemeinschaftlichen Gebrauch (für die Gesellschaftszwecke) erfolgen kann.

zug der Schulden zur Auszahlung kommen soll. Im letzteren Falle ist der Gläubiger unzweifelhaft Gesellschafter.

In dieser Art ist das Problem schon öfters von der Praxis[11]) mit richtigem Takt gelöst worden. Führen die angegebenen Kriterien im Einzelfall zu keinem sicheren Anhalt, so ist hier (anders als in § 22) im Zweifel für Gesellschaft zu entscheiden. Es folgt dies aus dem allgemeinen Satz: in dubio pro reo. Denn es ist klar, daß der arbeitende Theil dem kapitalistischen Gläubiger gegenüber im Rahmen der Gesellschaft besser fährt, als nach den Grundsätzen des verzinslichen Darlehens. In jener findet er Entlastung, wenn die vorhandene Masse ausgeschüttet und dem Gegner sein Theil daran gegeben wird (§§ 730ff. BGB), während das Darlehen bis zur völligen Rückzahlung der hingegebenen Summe ungeschmälert fortbesteht.

§ 55.

c) Andere Kreditfälle.

Das partiarische Darlehen kann ein einfaches oder besonders garantirtes Darlehen sein. Auf die Verpflichtung zur Dividendenzahlung übt die Existenz und Art einer für die Kreditgewährung geleisteten besonderen Sicherheit keinen Einfluß aus. Aus letzterer haftet der Garant bezw. beim hypothekarischen Darlehen der Grundstückseigenthümer für den Eingang der Dividende freilich nur, wenn der Kreditnehmer thatsächlich einen Gewinn gemacht hat, sofern nicht die Sicherheit gerade dafür bestellt war, daß der Entleiher ihn erzielen werde. Immerhin kann auch im ersteren Falle die Sicherheits-

11 Vgl. z. B. die Entscheidungen des Reichsgerichts v. 24. März 1888 u. 15. März 1893 Bd. 20 S. 163; Bd. 31 S. 33; ferner Bolze, Praxis d. RG Bd. 16 N. 346 u. zahlreiche Erkenntnisse des französischen Kassationshofs, z. B. vom 10. Mai 1837: Sirey, Recueil, Bd. 37 I S. 1008; v. 16. Juni 1863: Sirey Bd. 63 I S. 334; v. 8. Januar 1872: Dalloz Bd. 72 I S. 194; v. 19. März 1879: Sirey Bd. 79 I S. 229; v. 20. Juni 1888: Sirey Bd. 89 I S. 8 u. A.

leistung von Bedeutung werden, das partiarische Darlehen also hypothekarisch sein, weil Fälle denkbar sind, in denen der Darlehensnehmer die thatsächlich erzielte Gewinnquote nicht abliefert resp. nach wirklich gemachtem Gewinn neuerdings in Verluste geräth, die ihm die Auszahlung der Dividende unmöglich machen. Hier haftet er nach allgemeinen Grundsätzen mit seinem Vermögen, der dritte Pfandbesitzer aber mit dem Grundstück für die Quote.

Nur ein Schritt weiter ist es hiernach, wenn der Kreditgeber das Kapital für die Bewirthschaftung des Grundstücks selber herleiht, sei es zum Zweck der Landwirthschaft oder zum Betriebe einer Fabrik, kurzweg zu einem industriellen Betriebe. Die beiden großen Gegensätze kehren auch hier wieder. Hier kann in dem Ideenkreise, der so oft bildlich zu der sog. Personifikation der Grundstücke Veranlassung gibt, bedungen werden, daß die Dividende nicht blos von dem ursprünglichen Kreditnehmer, der das Grundstück bewirthschaftete, sondern von seinem jedesmaligen Nachfolger in der Wirthschaft geleistet werden solle — derart, daß mit der Auflassung des Grundstücks an den Dritten der ursprüngliche Schuldner aus dem partiarischen Obligationsnexus ausscheidet und nur noch für die eventuellen, zu seiner Wirthschaftszeit schon fällig gewordenen und nicht bezahlten Quoten persönlich haftbar bleibt. Abgesehen davon und insbesondere für die Zukunft aber wird sein Nachfolger im Eigenthum des Grundstücks und in der Wirthschaft Dividendenschuldner, welcher für die in seiner Wirthschaftszeit verfallenden Quoten gleichfalls persönlich, im Uebrigen aber nur mit dem Grundstück haftet. Ja die Verabredung kann dahin gehen, daß, wie für das Kapital, so auch für die richtige Dividendenzahlung überhaupt nur mit dem Grundstück gehaftet werden solle, also von dem jeweiligen Betriebsinhaber.

Auf diese Weise ist es möglich, die partiarische Zins-

beredung überhaupt zu einem Rentenanspruch zu gestalten; d. h. das kreditweise gegebene Kapital wird Preis einer dinglich auf das Grundstück radizirten Rentenforderung aus dem Betriebsgewinn des Grundstücks. Die Dividendenrente ist ein Anspruch des Geldgebers für die Bewirthschaftung oder Bebauung des Grundstücks gegen den ursprünglichen Empfänger des Kapitals und seine Nachfolger im Eigenthum des Grundstücks, die letzteres kultiviren oder darauf ein Gewerbe treiben u. s. w., und geht auf einen bestimmten Antheil an dem für sie daraus erzielten Gewinn. Z. B. wer Geld zum Aufbau großer Miethskasernen hergibt, kann sich in dieser Form vollkommen gültig vom jeweiligen Eigenthümer des Miethhauses einen Antheil an den demnächst aus Vermiethung der verschiedenen Lokalitäten eingehenden Mieth- und Pachtzinsgeldern ausbedingen, wenn nur das vorbehaltene Dividendenrecht in vorschriftsmäßiger Weise auf das Grundstück eingetragen wird. Aehnlich verhält es sich bei Anlage einer neuen Fabrik oder landwirthschaftlicher Etablissements, welche voraussichtlich erst nach gewisser Zeit anfangen, einen Ertrag zu gewähren, sodaß inzwischen die gewöhnlichen Zinsen nicht gut aufzubringen sind, wogegen der Kreditgeber auf die Chancen eines künftigen Erfolges spekulirt. Die Dividendenrente kann in Form der Grundschuld bezw. Rentenschuld (der §§ 1199 ff. BGB) bestellt werden, in welcher Form sie auch auf Seiten des Gläubigers in der bekannten leichten Weise übertragbar ist. Das partiarische Rentenrecht kann hiernach gemäß § 1195 sogar auf den Inhaber gestellt werden! Die Bestellung ist aber auch als einfache Reallast möglich. In beiden Fällen ist die Dividende als wiederkehrende Leistung im Sinne der §§ 1107, 1200 BGB an den Rentenberechtigten zu zahlen. Es gelten in dieser Hinsicht die gewöhnlichen Regeln der Grundschuld und Reallasten ebenso wie hinsichtlich der Frage nach der eventuellen

Ablösbarkeit der Rente. Auch die Beurtheilung, ob in concreto die von dem Kreditor zum Zwecke des Betriebs gegebene Geldsumme den Charakter einer Rentenkaufsumme oder eines selbständigen Grundschuldkapitales hat, ist hier nach keinen anderen Grundsätzen als gewöhnlich vorzunehmen.

Endlich unterliegt es keinem Zweifel, daß auch ein rein chirographarisches Rentenrecht — gewissermaßen wie ein einfaches Darlehen à fonds perdu — in Dividendenform (von dem Verdienst des Schuldners aus irgend welcher subventionirter Thätigkeit) begründet werden kann. Ein besonderer Anwendungsfall wäre die Bestellung einer partiarischen Leibrente. Die §§ 759 BGB schließen eine derartige Vereinbarung in keiner Weise aus[1]).

II. Rechtsstellung der Parteien.

§ 56.

a) Geschäftsleitung.

Verluste in dem subventionirten Betriebe.

Die Rechtsstellung Desjenigen, der in der hier bezeichneten Weise zum Betrieb eines Geschäftes oder einer sonstigen Unternehmung Geld aufnimmt, läßt sich — von der eventuellen, uns hier nicht berührenden und überdies nicht stets vorhandenen Rückzahlungspflicht der empfangenen Valuta abgesehen — kurz dahin zusammenfassen:

---

1) Auch nicht durch die Bestimmung (§ 759 Abs. 2), daß der für die Rente bestimmte Betrag im Zweifel der Jahresbetrag der Rente sei; denn der Betrag besteht hier eben in der Dividende. Und die Vorschrift des § 760, daß die Leibrente im Voraus zu entrichten sei (was sich hier aus der Natur der Rentenleistung von selbst verbietet), ist keine zwingende. S. auch ausdrücklich Motive II S. 639. — Auch Leibzuchts-, Leibgedings-, Altentheils- oder Auszugsrechte, insofern sie aus den Erträgnissen der Wirthschaft des neuen Herrn (des Bauerguts ꝛc.) zu befriedigen sind, können partiarische Ansprüche sein. S. u. § 76.

Der Geschäftsinhaber ist alleiniger und unumschränkter Herr der Unternehmung, zu deren Führung oder Weiterführung er das Geld aufnahm. Er ist lediglich Schuldner der Dividende, und zwar je nachdem persönlicher Schuldner oder Realschuldner. Das partiarische Verhältniß modifizirt die gewöhnliche Gestalt der Darlehens- und Rentenschuld 2c. nur soweit, als der Umstand, daß die Zins- oder Rentenleistung keine feste, ein für allemal fixirte ist, vielmehr vom periodischen Gewinn der Unternehmung abhängt, dies nothwendig mit sich bringt.

Daraus ergibt sich im Einzelnen:

Der Kreditgeber[1]) hat keinen Einfluß auf die Leitung des Geschäfts, zu welchem er die Gelder vorgeschossen hat. Er hat weder das Recht, für den Geschäftsinhaber zu handeln, insbesondere ihn oder die Firma, unter welcher der Betrieb stattfindet, nach Außen zu vertreten, noch kann er nach Innen hin sich an der Berathung über die zu treffenden Maßnahmen betheiligen oder gar einen bestimmten Einfluß auf dieselben ausüben[2]). Er hat also keinerlei Stimmrecht bei der Leitung des Geschäftsbetriebs, was ganz besonders dann hervortritt und die Stellung des Darlehensgebers kenntlich macht, wenn das subventionirte Unternehmen selbst von einer Gesellschaft oder ähnlichen Association betrieben wird. Hier fehlen dem Darlehensgeber die charakteristischen Rechte eines socius: das Stimmrecht, Direktions- und allgemeine Vertretungsrecht der übrigen

1) Der Vereinfachung halber werden wir im Folgenden auch vielfach blos vom Darlehensgeber reden. Das Gesagte bezieht sich auf alle im Abschnitt I hervorgehobenen Fälle.

2) Er kann also weder selbst nach eigenem Gutdünken im Geschäfte handeln, noch dem Unternehmer des subventionirten Betriebs die Vornahme gewisser Handlungen untersagen. Vgl. Entsch. d. ROHG Bd. 12 S. 99 u. d. RG Bd. 31 S. 33. S. auch Urtheil des franz. Appellhofs Grenoble v. 18. März 1887: Dalloz, Recueil 1888, II S. 305.

Betheiligten. Er hat nicht einmal Einfluß auf die Fortführung des Unternehmens, sondern kann nur eventuell sein Geld zurückverlangen. Selbstredend nimmt er das hingegebene Kapital bezw. die Ablösungssumme in solchem Fall wie jeder Gesellschaftsgläubiger vorweg: erst nach Bezahlung aller Schulden zeigt sich, was für die socii als Gesellschaftsantheil übrig bleibt. Wäre bedungen, daß der Vorschußgeber nicht blos in Ansehung der Zinsen, sondern auch des Kapitals auf eine Gewinnquote beschränkt sein sollte, so läge jedenfalls auch mit Beziehung auf ihn Gesellschaft, nicht partiarisches Darlehen vor[3]). Nur der Zinsanspruch des Darlehensgebers ist vom Vorhandensein eines Gewinnes bei der Schlußabrechnung abhängig: die mehrerwähnte bedingte und betagte Quotenforderung[4]) = Dividende.

Ist kein Gewinn gemacht, so erhält der Darlehens- oder Vorschußgeber aus dem partiarischen Vertrage keinen Zins, und da das Darlehen in der Regel zinslos ist (§ 608), dafür auch nicht ein Surrogat. Er hat mit seinem Gelde spekulirt und muß die damit verbundenen Chancen des Verlustes tragen. Verleiht er auf Gewinnbetheiligung, so liegt darin wohl regelmäßig ein Verzicht auf regulären Zins. Die Verhältnisse sind hier ganz andere, als beim Arbeiter

3) Nicht selten findet sich in dem Vertrag die Klausel, daß, wenn die Auflösung der Gesellschaft oder des Betriebes in einer bestimmten Anzahl von Jahren nach der Vorschußleistung erfolgt das Kapital im gleichen Betrag, wie gegeben, zurückbezahlt werden solle, nach einer längeren Anzahl von Jahren aber nur noch ein bestimmter Antheil des Gesammtvermögens. Auch das ist Gesellschaft.

4) S. oben § 31 bei Note 6. Insofern die Dividende sich hier auch vom gesammten Geschäftsgewinn des Unternehmers oder einem bestimmten Geschäftszweige des letzteren berechnet, hat sie mit der Tantième des partiarisch Angestellten manche Aehnlichkeit. Verschiedenheiten ergeben sich hauptsächlich daraus, daß die Rollen des arbeitenden und kapitalistischen Theiles hier vertauscht sind.

und Werkmeister, die von dem Ertrage ihrer Arbeit leben und letzteren daher gemeiniglich in keinem Falle ganz verlieren wollen[5]). Wer freilich in Ausübung seines Handelsgewerbes einem Andern Vorschuß gibt, lebt auch gewöhnlich von dieser Art Geschäften, und da er sich für die von ihm gegebenen Darlehen und sonstigen Vorschüsse 2c. kraft Gesetzes ohne Verabredung vom Tag der Leistung Zinsen berechnen kann (§ 354 HGB), so ließe sich auch hier behaupten, daß, wenn der für das Darlehen u. s. w. versprochene Antheil am Gewinn der Unternehmung kleiner ist als der gewöhnliche Zins, der Geldgeber den letzteren verlangen, sich also nicht mit der Dividende zu begnügen brauche. Wenn diese Argumentation auch nun im Allgemeinen mit unserer obigen im Anschluß an §§ 612, 632 BGB gemachten übereinstimmt, so fehlt doch für die Anwendung an dieser Stelle die Gleichheit der Prämisse: die Voraussetzung des mangelnden Verzichts auf den gewöhnlichen Lohn. Es ist nicht richtig, daß Derjenige, welcher aus Kreditgeschäften, wie Gewährung von Darlehen und Vorschüssen ein Handelsgewerbe macht, weil er im Allgemeinen von dieser Art Geschäften lebt, sich nun auch in jedem Einzelfalle den gewöhnlichen Zinssatz habe reserviren wollen, wenn er anderweitige Bedingungen der Geldverleihung eingeht. Im Gegentheil, er ist als Handelsmann, Banquier 2c. in weitaus den meisten Fällen noch viel mehr zur Spekulation mit seinen Fonds geneigt, als ein gewöhnlicher Privatmann und Kapitalist. Er lebt viel mehr von Spekulation, als von dem regulären Zins, welchen ein Kapital abwirft, und läuft daher freiwillig tausendmal die Gefahr eines Verlustes, der, wenn er auch eintritt, durch ebensoviele oder mehr Gewinne ausgeglichen wird. Es wäre daher eine ganz verkehrte, dem Leben keineswegs gerecht werdende Auffassung, wollte man

5) Vgl. oben §§ 29 u. 46.

dem Handelsmann, Banquier 2c., der ein Kapital auf Gewinnbetheiligung in eine Unternehmung hineinsteckt, die stillschweigende Bedingung subintelligiren: „wenn die Sache aber schief geht, so bekomme ich wenigstens meine 5 Prozent". Man kann hiergegen nicht einwenden, daß auch ein Gesellschafter für seine eingeschossenen Kapitalien in erster Linie Zins erhalte (§§ 120—121 HGB). Dort handelt es sich nur um einen zweckmäßigen Berechnungs- und Vertheilungsmodus des Gewinnes; denn es entfällt auch dieser Zins, wenn die Gesellschaft nicht genügenden Gewinn gemacht hat, um ihn zu decken[6]). Dem Umstand, daß ein offener Handelsgesellschafter vielfach sein ganzes Vermögen in die Gesellschaft einbringt und demzufolge darauf angewiesen ist, auch in Verlustjahren aus der Gesellschaft seinen Lebensunterhalt zu ziehen, wird dadurch Rechnung getragen, daß ein socius in jedem Falle Geld bis zum Betrag von vier vom Hundert seines letztjährig festgestellten Kapitalantheils zu seinen Lasten aus dem Gesellschaftsfonds entnehmen kann (§ 122 HGB). Sonst aber enthält die Vorschrift der Zinsgewährung von den eingelegten Kapitalien vor der Gewinnvertheilung bei der Handelsgesellschaft nur eine im Interesse des Handelsbetriebes eingeführte Abweichung von der gewöhnlichen Gewinnvertheilung; indem hier — anders als bei Civilgesellschaften — die Theilung nicht lediglich nach Köpfen (§ 722 BGB), sondern unter gewisser Berücksichtigung der Verschiedenheit der Kapitalbetheiligung der einzelnen Gesellschafter erfolgen soll. Alles das sind Punkte, die auf unsern Fall keine, nicht einmal analoge Anwendung zulassen. Wie das Darlehen oder der

6) Die extrem kapitalistische Vorschrift des Art. 106 des ehemaligen Handelsgesetzbuchs, welcher die Vermögenseinlagen unbedingt, also wenn Verlust gemacht war, aus den Einlagen der anderen Socien und selbst aus deren Privatvermögen verzinste, wurde mit Recht geändert. Es fand dadurch eine ganz unbillige Bevorzugung der Kapitaleinlage vor den Arbeitseinlagen statt.

gegebene Vorschuß regelmäßig nicht das ganze Vermögen des Geldgebers absorbirt, sondern meist nur eine von zahlreichen geschäftlichen Operationen bildet[7]), so liegt auch in der Hingabe des Kapitales auf Gewinnbetheiligung nicht, daß das Kapital vor der Gewinnvertheilung nochmals besonders zu verzinsen sei. Das kann bedungen sein, aber in Ermangelung dessen ist es nicht so; für die Regel muß davon ausgegangen werden, daß durch die anderweitige Vereinbarung die Vorschrift des § 354 HGB über die gewöhnliche Verzinsung hingegebener oder vorgeschossener Beträge ausgeschlossen worden sei.

§ 57.

b) Aufgabe — Uebertragung des Geschäfts auf andere Personen.

Besondere Grundsätze sind hier auch hinsichtlich der Frage maßgebend, ob resp. inwiefern der Unternehmer befugt sei, den Betrieb, von dem er Dividende schuldet, einem Anderen abzutreten oder zur Ausübung zu überlassen.

Im Allgemeinen könnte man hier sagen, daß die Geschäftsführung eine Sache sei, welche den Unternehmer allein betreffe; daß der Vorschußgeber also, wie er von jeder Leitung des Geschäftes ausgeschlossen ist, so auch um diesen Punkt sich nicht zu kümmern habe. Indessen ist es eine andere Frage, ob der Unternehmer trotz seiner zweifellosen Formalberechnung in dieser Hinsicht nicht durch ein irgendwie geartetes Verhalten den Darlehens- resp. sonstigen Kreditvertrag verletzen kann.

Hinsichtlich einer gänzlichen Geschäftsaufgabe nun gelten ähnliche Grundsätze, wie wir sie oben bereits bei Theilpacht,

7) Andernfalls träfe schon aus diesem Grunde die Vorschrift des § 354 HGB, daß das Darlehen „in Ausübung des Handelsgewerbes" gegeben sei, kaum zu.

Miethe ꝛc. kennen gelernt haben. Wer vom Ertrage seiner Thätigkeit für eine empfangene Leistung etwas abzugeben hat, darf nicht spazieren gehen und durch Unthätigkeit sich selber aus der Lage bringen, seine Vertragspflicht zu erfüllen[1]). Auf der andern Seite kann auch ein Stillstand des Betriebes durch äußere Ereignisse veranlaßt werden, für die der Unternehmer nicht verantwortlich ist. In dieser Hinsicht gelten analoge Grundsätze, wie beim Quotaldienstvertrag[2]). Kann Unternehmer aus solchem Grund nicht leisten, so bleibt dem Vorschußgeber Nichts anderes übrig, als nach gewöhnlichen Grundsätzen das Darlehen zu kündigen[3]) oder die Rente abzulösen. Der Fall liegt hier nicht anders, als wenn er den gewöhnlichen Zins aus solchem Grunde nicht erhielte.

Was die Geschäftsübertragung anbelangt, so macht sich in der fraglichen Beziehung ein doppelter Gesichtspunkt geltend. Auf der einen Seite kommt auch hier der Grundgedanke des partiarischen Kontraktes in Betrachtung, daß die Abstellung der Vergütung auf einen Antheil am Verdienst des anderen Kontrahenten aus dessen Arbeitsthätigkeit ein Maß von Zutrauen in den Fleiß, die Ehrlichkeit und die Geschäftsgewandtheit desselben voraussetzt, das sich nicht ohne Weiteres von einem Schuldner auf den anderen übertragen läßt[4]). Wie daher dem Theilpächter und dem partiarischen Sachmiether die Befugniß der sublocatio und Gebrauchscession nicht zuzugestehen, insbesondere dem letzteren bei Verweigerung der Erlaubniß kein Rücktrittsrecht von dem Vertrage zu gewähren und auch die Ueberlassung des Geschäftsbetriebs an einen Andern, als mit dem Wesen des

1) Vgl. oben §§ 15 u. 20 bei Note 6 u. § 47 i. f.

2) Vgl. §§ 27 ff.

3) Dabei ist aber zu beachten, daß das Darlehen kein gegenseitiger Vertrag ist (s. oben § 53). Die §§ 323 ff. BGB sind also darauf nicht anwendbar.

4) Vgl. darüber die Ausführungen in §§ 14, 20 u. 26.

Kreditverhältnisses unvereinbar, zu versagen war, so läßt sich auch in diesem Falle davon ausgehen, daß eine solche Uebertragung dem Kontraktverhältniß — also den Bedingungen, unter welchen das Darlehen gegeben wurde — widerspricht. Diese Bedingung kann sich sogar unter Umständen als eine stillschweigende Vertragsbestimmung aus dem gesammten übrigen Inhalt der Parteiverabredung als gewollt ergeben, obgleich gerade hier die Annahme, daß die Person des anderen Kontrahenten in diesem Sinne für den Abschluß des partiarischen Kontraktes wesentlich sei, durchaus nicht immer zutrifft[5]).

Vielmehr kommt hier in ganz besonderer Weise auch der bei anderer Gelegenheit bereits betonte Gesichtspunkt in Betracht[6]), daß der Quotalberechtigte in diesem Fall ein Kapitalist ist, welcher mit seinem Gelde, statt es einfach verzinslich anzulegen, spekulirt. Ob das im Einzelfalle zutrifft, ist freilich Thatfrage; indessen muß es überwiegend — als in der Natur des Verhältnisses liegend[7]) — angenommen werden, und zwar um so mehr, je ferner sich die Parteien stehen, je lockerer ihre Beziehungen in anderer Hinsicht und je mannigfaltiger die Geldanlagen des Gläubigers sind. Hier spekulirt der letztere nicht sowohl auf den Ertrag der Thätigkeit der einzelnen Person, die ihm als Schuldner gegenübersteht (wie kann er alle seine zahlreichen Schuldner in dieser Art im Auge behalten?), sondern er

---

5) Weshalb denn auch die Ausführung des Reichsgerichts Entsch. Bd. 31 S. 34 zu weit geht, daß die Bedingung der Rückzahlbarkeit des Kapitals, wenn die Geschäftsinhaber oder einer derselben versterbe oder sonst nicht thätig sein könne oder ausscheide, unzweideutig für Gesellschaft spreche und die Natur des Kapitals als Gesellschaftseinlage darthue. S. dagegen das Folgende.

6) Vgl. § 56 Note 5 ff.

7) Anders als bei der Kreditgewährung, die in der Ueberlassung einer Miethwohnung gegen Antheil an dem Geschäfts- oder Berufsgewinn des Miethers (s. oben §§ 19—20) liegt.

spekulirt auf den Ertrag des Etablissements als solchen. Letzteres vor Allem ist es, welches — um seiner Lage, der allgemeinen Konjunktur und sonstiger Umstände willen — seinen Kredit und sein Vertrauen genießt. Die Thätigkeit des Darlehensschuldners tritt dabei häufig ganz zurück; wie beispielsweise diejenige des Eigenthümers der Miethskaserne, zu deren Erbauung das Geld geliehen wurde, wesentlich nur darin besteht, die Miethverträge abzuschließen, die fälligen Miethzinsen einzustreichen und das Haus in baulichem Zustand zu erhalten. Es ist klar, daß eine Uebertragung dieser verhältnißmäßig nicht sehr schwierigen Aufgabe auf einen neuen Eigenthümer des Hauses die Interessen des Geldgebers in den meisten Fällen nicht berührt.

Sodann ist aber endlich ein ganz besonderer Umstand, welcher direkt auf die gewollte Uebertragbarkeit des partiarischen Verhältnisses auf einen Dritten schließen läßt, die stattgefundene Radizirung der Dividendenrente auf ein Grundstück, wie sie zumal im letzterwähnten Beispiel besonders naheliegt. Wir haben oben gesehen (§ 55), daß eine solche Radizirung wesentlich zu dem Zwecke erfolgt, damit die Rente vom jedesmaligen Eigenthümer des Grundstücks, auf welches sie im Grundbuch eingetragen ist, aus dem Ertrage seiner Wirthschaftsthätigkeit entrichtet werden soll, und es ist damit also von vornherein ein Wechsel des Dividendenschuldners nach bestimmten Grundsätzen in's Auge gefaßt. Der letztere ist somit in diesem Falle regelmäßig in der Veräußerung des Grundstücks und damit des darauf befindlichen Betriebs ganz frei, — die Dividendenschuld als bloße Realschuld konstituirt und allen Grundsätzen der letzteren, insbesondere der leichten Uebertragbarkeit auf andere Personen unterworfen.

§ 58.

c) Bestimmung, Fälligkeit der Dividende und Kontrole.

Die Dividende ist regelmäßig Werthquote, und zwar vom Reinertrage des Betriebs des Dividendenschuldners[1]). Für die Bestimmung des Reinertrags sind hier, wie überall, die allgemeinen Grundsätze der Geschäftsleitung maßgebend. Diese befindet sich, wie wir sahen, in den Händen des Betriebsunternehmers, und also ist auch die Bestimmung des Reinertrages regelmäßig seine Sache. Es schließt das selbstverständlich auch in diesem Falle bei unbilliger Bestimmung eine Korrektur durch das Gericht nicht aus. Denn die formale Freiheit des Geschäftsinhabers wird durch das Recht des Darlehnsgebers auf ordnungsmäßige Vertragserfüllung limitirt. Im Allgemeinen sind die Grundsätze des Quotaldienstvertrages über das zulässige Maß der Abschreibungen vom Betriebsgewinn[2]) und über die Fälligkeit der Quote[3]) auch auf die Dividendenforderung entsprechend anzuwenden. Es wird danach die Fälligkeit, sofern sie nicht durch die natürlichen Fruchtperioden von selbst gegeben ist, durch die gewöhnlichen Geschäftsperioden der subventionirten Unternehmung bestimmt, also im Zweifel durch die regelmäßigen Jahresabschlüsse nach Maßgabe der Inventuren und Bilanzen, auf deren ordnungsmäßige Anfertigung der Darlehensgeber auch hier besondern Anspruch hat, sodaß er bei Zuwiderhandlung den Geschäftsinhaber in

1) Denkbar wäre es allerdings, daß von einem in dieser Weise subventionirten landwirthschaftlichen Betriebe auch die Quote in Naturalien zu leisten wäre. Es würden dann ähnliche Grundsätze Platz greifen, wie oben bei der Theilpacht und dem landwirthschaftlichen Quotaldienstvertrage. Der Fall ist so selten, daß er hier füglich außer Betracht bleiben kann. — Ueber die Natur der Quoten vgl. oben § 30.

2) Vgl. oben § 33.

3) S. darüber insbesondere § 31.

dieser Hinsicht in Verzug setzen und sein Interesse liquidiren kann. Auch wenn das Kapital in Folge der nach § 609 Abs. 2 gestatteten drei- resp. einmonatlichen Kündigung, oder als Rentenschuld z. B. nach § 1202 auf Grund sechsmonatlicher Kündigung vorzeitig d. h. im Laufe einer solchen Geschäfts- und Rechnungsperiode zur Rückzahlung gelangt, die Dividende also sistirt wird, so bestimmt sich der Anspruch des Gläubigers immerhin nach dem Ergebniß bei Ablauf dieser Periode und wird auch erst mit diesem Zeitpunkt fällig. Freilich partizipirt der Gläubiger hier nicht an dem gesammten Resultat der Periode, sondern nur nach Maßgabe der darin stattgefundenen Dauer des Kreditverhältnisses. Die portio portionis, die dem Gläubiger gebührt, ist hier ganz ähnlich zu bestimmen, wie wenn ein gegen Tantième Angestellter aus dem Betrieb im Laufe des Geschäftsjahrs ausscheidet[4]).

Eine ähnliche Analogie besteht in Ansehung der Kontrole, die dem Geldgeber betreffs der Dividende zusteht. Ein solches Kontrolrecht ist auch hier nicht zu entbehren. Der Geldgeber kann nicht auf die Gnade oder Ungnade seines Schuldners hinsichtlich der Höhe der ihm zustehenden Vergütung, also auf bloße Angaben betreffs des erzielten Betriebsgewinnes angewiesen sein. Auf der andern Seite bleibt es dabei, daß der Darlehensgeber ꝛc. nicht selbst Unternehmer ist und daher kein allgemeines Recht der Ueberwachung hat. Eine unbeschränkte Einsichtnahme der Bücher und Papiere des Unternehmers steht ihm daher zweifellos nicht zu. Selbst unbeschränkte Auskunft über alle Geschäftsvorgänge kann er nicht fordern. Dem Unternehmer, welcher den Betrieb mit fremdem Kapitale führt, ist deshalb nicht schon zuzumuthen, seine ganze Thätigkeit und geschäft-

4) Vgl. oben § 35.

lichen Beziehungen dem Vorschußgeber aufzudecken. Eine solche Aufschlußpflicht würde ihm in vielen Fällen den weiteren Betrieb unmöglich machen, ihn verhindern, den unerfreulichen Zustand, in dem er sich vielleicht nur zeitweise befindet, zu überwinden und nach Abschluß einiger glücklicher Transaktionen das Kreditum zurückzuzahlen. Der Darlehnsgeber, welcher in der Lage wäre, eine solche Wendung vorauszusehen, würde sie gewiß zu hintertreiben suchen und könnte seine Kenntniß von den kaufmännischen Verbindungen des andern Theils zu unlauteren Zwecken aller Art ausnutzen. Man wird daher im Allgemeinen sagen müssen, daß der Darlehensgeber nur die beschränkte Auskunft fordern kann, wie wir sie Demjenigen zugestanden haben, der im Geschäft des Prinzipals gegen Tantième angestellt ist. Daraus ergibt sich, daß in unserm Fall der Unternehmer ebensowenig wie dort der Prinzipal dem Gläubiger rechnungspflichtig ist oder ihm eine förmliche mit Belegen versehene Aufstellung zu machen hat[5]). Die Voraussetzungen des § 259 BGB treffen auch hier in keiner Hinsicht zu. Ebensowenig hat der Darlehensgeber ein Recht darauf, sich von dem Stande der Geschäfte persönlich zu unterrichten, zu diesem Zweck die Geschäftsbücher und die Papiere des Unternehmers einzusehen, der Aufnahme der Inventuren und Bilanzen beizuwohnen oder sich aus den Unterlagen selbst eine Uebersicht über den Stand des Geschäftsvermögens resp. des erzielten Gewinnes anzufertigen. Bei allen diesen Maßnahmen handelt es sich, wie auch aus § 716 BGB erhellt, um unzweifelhafte Prärogativen eines wirklichen Gesellschafters[6]). Der Dividendengläubiger ist auf Mittheilung der Bilanz beschränkt und kann die Bucheinsicht nur fordern, soweit dies zur Kontrole der Richtigkeit gewisser Angaben unumgänglich

5) Vgl. § 32.
6) S. auch § 338 HGB.

nöthig ist. Die in letzterer Hinsicht zur Sicherung des Geschäftsinhabers gegenüber dem Angestellten angegebenen Maßnahmen sind auch gegenüber einem kapitalistischen Gläubiger anwendbar. Auch wenn der letztere das Geld zu einem nicht kaufmännischen Betriebe herlieh, wird seine Dividendenforderung in analoger Weise zu behandeln und die Kontrole durchzuführen sein.

Viertes Kapitel.

Vermittelnde Geschäftsbesorgungen, Verwahrungs- und Verlagsgeschäfte gegen Gewinnbetheiligung.

A. Agenturverhältniß.

§ 59.

Die unter der vorstehenden Rubrik zusammengefaßten Geschäfte schließen sich den partiarischen Lokationen in innerer Verwandtschaft an. Er handelt sich bei allen um Geschäftsbesorgungen; aber freilich eigener Art — von theilweise strengerer, theils laxerer Regelung — theilweise dem einfachen bürgerlichen, zum Theil dem Handelsrechte unterstehend. Für unsere Betrachtung ist der letztere Umstand gleichgültig. Wie die universelle Bedeutung der partiarischen Klausel schon bei der Dienstmiethe (dem Verhältniß des sog. commis intéressé) auf handelsrechtlichem Gebiete hervortrat, so äußert sie sich auch bei anderen Gelegenheiten — sie beherrscht thatsächlich den ganzen sog. Arbeitsmarkt [1]).

1) Ueberhaupt dürfte die vorliegende Schrift darthun, wie wenig sich heutzutage mehr die Disziplinen des allgemeinen bürgerlichen und des Handelsrechtes von einander und selbst vom Civilprozesse scheiden lassen. Die Anforderungen an die Wissenschaft sind dadurch unendlich gesteigert. Die (ehemals weise) Beschränkung auf eines oder einige dieser Fächer wäre heute eine Einseitigkeit.

Vor Allem ist die Aehnlichkeit der Stellung des Agenten mit derjenigen des Handlungsgehülfen (commis), von welchem oben schon die Rede war, einleuchtend. Die Aehnlichkeit hat unsere Handelsrechtsnovelle veranlaßt, die Vorschriften über das Recht der beiden Personenklassen möglichst einander anzunähern, damit zu Streitigkeiten, ob Jemand im Einzelfall der einen oder andern Klasse angehöre, möglichst wenig Veranlassung sei[2]). Wenn längere Zeit hindurch der Agenturbegriff verkannt wurde, so rührte das vornehmlich daher, daß zahlreiche Geschäftsbesorgungen und Dienstleistungen verkehrsüblich als Agenturgeschäfte bezeichnet wurden, welche offensichtlich den verschiedensten Kategorien angehörten, z. B. die Thätigkeit der Kommissionäre (insbesondere derjenigen für ausländische Firmen), des Privatmäklers oder anderer Personen, welche sich dem Publikum zu Geschäftsbesorgungen aller Art anbieten. Dadurch wurde der Begriff des Agenturvertrags verworren, der Charakter dieses Geschäftes in's Unendliche erweitert und jeglicher juristischen Festigkeit beraubt. Von vornherein sind Kommission und Mäklerei davon zu trennen, ingleichen die Besorgung von Einzelgeschäften für Andere, welche unter die Kategorien des § 354 HGB bezw. § 675 BGB (der civilistischen Geschäftsbesorgung) fällt. Nach Ausscheidung Alles dessen ergibt sich als charakteristischer Inhalt des Agenturvertrags eine entgeltliche Geschäftsvermittelungsthätigkeit dauernder Art von Seiten einer (sozial oder gewerblich) selbständigen Person im Interesse einer anderen. Es handelt sich also hier um eine Geschäftsbesorgung, welche wesentlich auf die Ver-

2) Bei der Berathung des alten Handelsgesetzbuchs war vom Erlaß von Vorschriften über die Agenten abgesehen worden, weil es sich angeblich um einen rechtlich nicht fixirten Begriff handle! S. auch ROHG Bd. 2 S. 301 ff., Bd. 14 S. 426, Bd. 18 S. 201 ff. Diese Lücke ist jetzt ausgefüllt.

mittelung des Waarenumsatzes oder anderer Geschäftsabschlüsse für einen bestimmten Auftraggeber[3]) mit dritten Personen gerichtet ist, und ohne daß der Dienstleistende gleich einem Handlungsgehülfen zu dem Betriebe selbst gehört, für dessen Inhaber er thätig ist. Es ist also nicht richtig zu sagen[4]), der Agent stehe in keinem Dienstverhältniß zu seinem Kommittenten, — er steht sogar im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches in einem dauernden Dienstverhältnisse zum Inhaber des Hauses, welches er „vertritt"; so sehr, daß wir die Regeln der Dienstmiethe bezw. des Werkvertrags zu Hülfe nehmen müssen, soweit keine besonderen Bestimmungen über das Agenturverhältniß existiren[5]). Der Ausdruck „Dienstverhältniß" wird vom Reichsgericht an der citirten Stelle schlecht angewendet, und unsere Handelsrechtsnovelle hat gut gethan, den schiefen Ausdruck zu vermeiden. Sie unterscheidet mit Recht den Agenten vom Handlungsgehülfen dadurch, daß ersterer seine

3) Der Ausdruck ist zur Vermeidung von Schwerfälligkeit der Darstellung nicht schlechthin zu umgehen. Auch der Rechtsanwalt wird wohl noch oft von seinem „Mandanten" reden, obwohl er Honorar bezieht. Soweit kein Mißverständniß zu befürchten, soll der Purismus nicht bis zur Versündigung am guten Geschmack getrieben werden.

4) Vgl. Entsch. d. RG Bd. 31 S. 60.

5) Vgl. §§ 84 ff. der Handelsrechtsnovelle. In der That reichten die civilistischen Regeln der Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB) für Handlungsagenten: d. i. solche Personen, welche „ohne als Handlungsgehülfen angestellt zu sein, ständig damit betraut sind, für das Handelsgewerbe eines Andern Geschäfte zu vermitteln oder im Namen desselben abzuschließen", nicht aus. Uebrigens wird eine entsprechende Anwendung der für die Handlungsagenten gegebenen Vorschriften auf andere Agenten (z. B. von Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit) sich in Zukunft sicher ebenso durchringen, wie früher schon die Anwendung der meisten im alten Handelsgesetzbuch für die Sensale erlassenen Bestimmungen auf die Privathandelsmäkler. — Im Folgenden befassen wir uns vorzugsweise mit den Handlungsagenten. Dieselben sind Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuchs. S. § 1 eod.

Dienste dem Geschäftsinhaber leistet wie jeder selbständige Kaufmann. Der Agent ist also nicht, wie ein Handlungsgehülfe, Angestellter des von ihm vertretenen Hauses, und der Inhaber des letztern ist daher niemals Prinzipal seines Agenten; letzterer steht gar nicht in, sondern selbständig neben dem Inhaber des Handlungshauses, für das er thätig ist.

Die Art der Dienstleistungen anlangend, so ist der Agent ständig damit betraut, für seinen Auftraggeber bezw. für dessen Handelsgewerbe Geschäfte zu vermitteln oder abzuschließen. Beides entweder allgemein oder örtlich und zeitlich beschränkt. Auch ergibt sich die Art der abzuschließenden oder zu vermittelnden Geschäfte entweder unmittelbar aus dem Gewerbebetrieb des Kommittenten oder besonderen darüber getroffenen Abmachungen, wonach z. B. der Agent für eine gewisse Branche von Geschäften angenommen ist. Die Thätigkeit der Agenten geht hiernach keineswegs allein auf die Erzielung des Waarenumsatzes, sondern auf Kontraktschlüsse aller Art, soweit sie in der erwähnten ständigen Weise im Interesse eines Andern bezw. seines Handelsgewerbes vorkommen können. Im Handelsverkehr nehmen die Waarenagenten, Versicherungs-, Auswanderungs- und Transportagenten (also zur Herbeiführung des Waarenumsatzes und zu Kontrakten im Versicherungs-, Auswanderungs- und Transportwesen) die erste Stelle ein. Juristisch ist der Geschäftsabschluß des Agenten im Namen seines Auftraggebers wohl von der bloßen Vermittelungsthätigkeit zu unterscheiden. Der Abschluß im Namen des Auftraggebers schließt eine Vollmacht für den Agenten in sich ein, die mit der Geschäftsbesorgung als solcher nicht nothwendig verbunden ist[6]). Durch sie wird der Agent befähigt, auch mit dem Dritten,

6) S. darüber oben § 37 zu Note 11 ff.

mit welchem der Kontrakt zu Stande gebracht werden soll, nicht nur thatsächlich zu verhandeln, so daß er ihn dem Auftraggeber zuführt und sich um den Konsens der beiden Betheiligten bemüht; sondern kraft der Vollmacht kann der Agent unmittelbar dem Dritten rechtliche Propositionen machen, mit ihm über den abzuschließenden Vertrag in bindende Verhandlungen eintreten und den Abschluß des Geschäftes selbst bewirken. Im Gegensatz zum Kommissionär[7]) schließt der Agent jedoch niemals im eigenen Namen ab, sondern nur als Bevollmächtigter im Namen seines Auftraggebers. Es kommen somit für das Verhältniß des Geschäftsherrn zu dem Dritten die gewöhnlichen Regeln der Stellvertretung (§ 164 ff. BGB) zur Anwendung. Zur Annahme von Zahlungen für den Geschäftsherrn und zu nachträglicher Bewilligung von Zahlungsfristen ist der Agent überdies nur auf Grund besonders ertheilter Ermächtigung des Geschäftsherrn oder als Handlungsreisender befugt[8]). Umgekehrt ist im Interesse des auf den Verkehr mit den Agenten angewiesenen Publikums verfügt, daß der Agent in allen Fällen als beauftragt gilt, Anzeigen von Mängeln einer Waare, die Erklärung daß dieselbe vom Empfänger zur Verfügung gestellt werde, und ähnliche Anzeigen und Erklärungen entgegenzunehmen[9]).

Abgesehen davon folgt aus dem Agenturverhältniß keinerlei Vermuthung für das Bestehen einer Vertretungsmacht des Agenten zum Abschluß von Geschäften für den Inhaber des Handlungshauses, wie sie bei Hand-

7) S. unten § 61.

8) Vgl. §§ 86 Abs. 1 u. 87 HGB. — Bei Reisenden ist das Publikum kaum jemals in der Lage, im Einzelfall zu unterscheiden, ob es einen Agenten oder Handlungsgehülfen vor sich hat. Daher gebot sich die rechtliche Gleichstellung hier unbedingt.

9) S. § 86 Abs. 2 HGB. Also insofern hat der Agent eine unbeschränkbare Vertretungsbefugniß des Geschäftsherrn, wenn er auch sonst nur Vermittler ist.

lungsgehülfen z. B. durch die Anstellung im Laden oder offenen Waarenlager gegeben ist. Die Verhältnisse sind ganz verschiedene. Der Agent ist selbständiger Geschäftsmann, und trotz der dauernden Beziehung zu seinem Kommittenten meist mit mehreren oder einer ganzen Reihe Handlungshäuser in gleichartiger geschäftlicher Beziehung. Die Dienste, die er jedem einzelnen derselben leistet, absorbiren ihn nicht; ja sie würden ihn in der Regel gar nicht in die Lage setzen, seinen standesgemäßen Unterhalt zu finden. Er ist daher auf die Anknüpfung gleicher Beziehungen zu anderen Handlungshäusern geradezu hingewiesen und hat fast immer einen festen Kundenkreis, den er nach der vulgären Ausdrucksweise „vertritt“ [10]). Ganz aus demselben Grunde gilt für den Agenten nicht das für Handlungsgehülfen bestehende Verbot, ohne Zustimmung des Prinzipals ein Handelsgewerbe zu betreiben oder in dessen Handlungszweig Geschäfte zu machen. Der Handlungsagent ist Kaufmann und treibt als solcher ein selbständiges Gewerbe, und hinsichtlich des Konkurrenzverbots ist hier von anderer Basis auszugehen. Der Agent als ständiger Vermittler [11]) von Geschäften für seinen Auftraggeber ist verpflichtet, bei dieser seiner Thätigkeit und den damit verbundenen Verrichtungen das Interesse des Geschäftsherrn wahrzunehmen (vgl. § 84 HGB); in direktem Gegensatz zum

10) Damit ist nach dem Vorbemerkten nicht stets juristische Vertretung gemeint. Vgl. auch Entsch. d. RG v. 1. Dez. 1890 bei Bolze, Praxis d. RG Bd. 11 N. 210.

11) Hier und im Folgenden wird dieser Ausdruck ohne weiteren Beisatz im allgemeinen Sinne gebraucht, wonach die Thätigkeit des Gestor im Wesentlichen auf die Zuführung von Geschäften für den Kommittenten gerichtet ist. In welcher Weise das geschieht: ob durch bloß faktische Bemühungen um das Zustandekommen des Geschäfts (Vermittelung im engeren Sinne) oder durch Abschluß im Namen des Auftraggebers (Stellvertretung) oder durch Abschluß im eigenen Namen aber für Rechnung des Kommittenten (sog. indirekte Vertretung) bleibt dabei außer Betracht.

Mäkler, jedenfalls dem Handelsmäkler[12]), der zwar auch als selbständiger Privat- oder Geschäftsmann für bestimmte Auftraggeber Geschäftsvermittelungen übernimmt, aber ohne ständige Beziehung zu seinen Kommittenten und ohne Interessenvertretung der einen Partei gegen die andere (vgl. insbesondere §§ 93, 99 HGB). Dagegen hat der Agent bei seiner Vermittelungsthätigkeit wesentlich für den Vortheil seines Auftraggebers beim Geschäftsabschluß zu sorgen und haftet dieserhalb für culpa levis nach den Regeln des Handels- resp. bürgerlichen Rechts (vgl. §§ 84, 347 HGB bezw. § 276 BGB)[13]). Aus dieser Diligenzpflicht für die wohlverstandenen Interessen des Auftraggebers folgt, daß der Agent wie jeder andere Mandatar (§§ 665 ff., 675 BGB) hinsichtlich der Vermittelung den Weisungen seines Kommittenten nachzukommen und, soweit solche nicht gegeben wurden, so zu handeln hat, wie er den Umständen nach annehmen darf, daß es den Absichten des Kommittenten am meisten entspricht und von ihm bei Kenntniß der Sachlage gebilligt worden wäre. Abweichungen von den ertheilten Weisungen sind ihm in gleichem Umfang wie dem Mandatar gestattet, also gleichfalls nach dem Gesichtspunkt präsumtiver Billigung des Auftraggebers bei Kenntniß der Umstände. Doch hat hier der Agent dem Auftraggeber vor der Abweichung Anzeige zu machen und seine Entschließung abzuwarten, sofern nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist[14]). Zudem hat der Agent dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten über die von ihm getroffenen

12) Beim Civilmäkler kann sich aus dem konkreten Inhalt des Vertrags das Gegentheil ergeben. Vgl. § 654 BGB. Doch ist dies Ausnahme. S. unten § 60.

13) S. entsprechend betreffs der Diligenzpflicht der Civil- und Handelsmäkler des bisherigen Rechts, Entsch. d. RG bei Bolze, Praxis d. RG Bd. 14 N. 365.

14) S. § 665 BGB u. oben §§ 41 u. 43; wegen der persönlichen Ausführung der Vermittelung aber auch unten § 64.

Maßnahmen und deren vermuthliche Aussichten zu geben, — jedenfalls auf Verlangen des Geschäftsherrn Auskunft zu ertheilen und überdies nach Handelsrecht ihm auch von jedem stattgefundenen Geschäftsabschluß unverzüglich Anzeige zu machen (§ 666 BGB bezw. § 84 Abs. 2 HGB).

Wie Alles dies im Einzelfalle wesentlich aus dem Gesichtspunkte zu prüfen ist, ob der Agent bei seiner Thätigkeit pflichtmäßig die Interessen seines Auftraggebers wahrgenommen hat, so ist derselbe Maßstab zur Beurtheilung gewisser anderer Seiten des Vermittelungsverhältnisses zu benutzen. So hat beispielsweise der Agent in gewissem Umfang die Bonität des vermittelten Geschäfts zu prüfen, insbesondere die Zahlungsfähigkeit des Dritten, mit dem er das Geschäft zu Stande bringt[15]), und er handelt pflichtwidrig, wenn er dies gänzlich unterläßt oder nur unzureichend thut, oder (selbst nach erfolgtem Kontraktschluß) Nachtheiliges, was er über den von ihm zugeführten Kontrahenten in Erfahrung bringt, dem Auftraggeber nicht sofort mittheilt, falls es letzterem noch nützen konnte, z. B. weil dieser in der Lage war, zur Wahrung seiner Rechte und Interessen noch geeignete Vorkehrungen zu treffen[16]).

Aus der Pflicht des Agenten nun, bei seinen Verrichtungen das Interesse des Geschäftsherrn mit aller Sorgfalt wahrzunehmen, ergibt sich auch der Umfang seiner Berechtigung, in dem Geschäftszweige, für welchen er die Vermittelung übernommen hat, für eigene oder

15) Daß er nicht nachträglich den Kaufpreis stunden kann (§ 86 Abs. 1 HGB), ist schon erwähnt. Auch trifft das Gesetz (§ 88 Abs. 1) Vorsorge, daß der Agent seinen Lohn aus vermittelten Verkäufen im Zweifel erst nach und nur nach Verhältniß der eingegangenen Zahlung fordern kann. Aber die Haftpflicht des Agenten geht weiter.

16) Vgl. Entscheidungen des ROHG Bd. 22 S. 121 u. des RG Bd. 18 S. 112.

fremde Rechnung anderweitig thätig zu sein, also entweder selbst Geschäfte zu machen oder zu vermitteln. Es gibt hier keine feste Schranke, kein absolutes Verbot, wie mit Beziehung auf den Handlungsgehülfen, der sich jeder eigenen Thätigkeit im Handelszweig des Prinzipals ohne Einwilligung des letzteren zu enthalten hat; sondern es ist im Einzelfall zu untersuchen, ob sich die anderweitige Beschäftigung mit den Pflichten des Agenten gegenüber seinem Auftraggeber vereinigen läßt. Unvereinbar ist sie mit diesen Pflichten, wenn die konkurrirende Thätigkeit des Agenten in der zur Vermittelung übernommenen Branche den Kommittenten schädigt. Daher darf der Agent auch nicht gleichzeitig konkurrirende Interessen vertreten[17]), wie überhaupt in keiner Weise sein eigenes Interesse über das des Kommittenten stellen. Letzteres würde z. B. der Fall sein, wenn der Agent an sich zwar nur für seinen Auftraggeber thätig würde, aber zu anderen Agenten oder sonstigen Vermittlern in heimlicher Beziehung stände, sodaß die Kontrahenten des zu vermittelnden Geschäfts von zwei derartig assoziirten Personen bedient würden, die nur ihr eigenes gemeinschaftliches Interesse, nicht das ihrer respektiven Auftraggeber verfolgen. Auf der andern Seite ist das Verbot der gleichzeitigen Vertretung konkurrirender Interessen durch den Agenten auch cum grano salis zu verstehen; denn schließlich sind alle Lieferanten gleichartiger Waaren im letzten Ende Konkurrenten, und eine mehrfache „Vertretung" ist, wie schon angegeben, dem Agenten als Geschäftsmann auch in derartig gleichen Branchen nicht schlechthin zu versagen. Das Unterscheidungsmerkmal für die Erlaubtheit liegt in der Kulpafrage. Kann der Agent sich sagen, daß die beiderseitige Vertretung unter gehöriger Beobachtung

17) Vgl. Entscheidung des Reichsgerichts v. 10. Nov. 1886 bei Bolze, Praxis d. RG Bd. 3 N. 635. S. auch Denkschrift z. HGB S. 74.

der Interessen beider Kommittenten ausführbar ist, so darf er sie übernehmen, im Gegenfalle nicht. So ist z. B. die gleichzeitige Vertretung zulässig, wenn beide Konkurrenten aller Voraussicht nach für ihre beiderseitigen Erzeugnisse vollkommenen Absatz finden, auch wenn sich diese Voraussicht hinterher durch Aenderung der Konjunkturen nicht bestätigt. Oder es ist der Absatz überhaupt nicht anders möglich, als daß der Vermittler dem Kauflustigen verschiedene Qualitäten eines und desselben Produkts, die von verschiedenen Lieferanten herstammen, zur Auswahl vorlegt. Obschon hierbei nicht selten das Ergebniß eintritt, daß die Waare eines Konkurrenten vom Publikum ausschließlich bevorzugt wird, kann man in solchem Falle doch nicht sagen, daß der Agent, welcher sie beide führte, pflichtwidrig gegen seine Auftraggeber gehandelt habe. Aehnlich, wenn ein Agent ohne Kollusion seine respektiven Auftraggeber wechselseitig zusammenbringt[18]).

Pflichtwidrigkeiten des Agenten in der einen oder anderen oben angegebenen Richtung begründen nach allgemeinen Regeln einen Anspruch auf Schadensersatz des Geschäftsherrn wider ihn[19]) und geben überdies dem Auftraggeber eine Einrede gegen den Lohnanspruch des Agenten. Denn der Vertrag ist nicht ordnungsmäßig erfüllt. Weit wichtiger als diese rechtliche Sicherung, aus der ein praktischer Erfolg mitunter schwierig zu erzielen ist, ist für den Auftraggeber, sich des persönlichen Interesses des Agenten an der möglichst günstigen Ausführung der aufgegebenen Geschäftsabschlüsse zu versichern, und zwar dadurch, daß er den Vermittler am Gewinn aus den zu Stande gebrachten Abschlüssen betheiligt. Dadurch wird das Agentur-

18) Das kann er freilich nach § 181 BGB nur als Vermittler im engeren Sinne, nicht als Vertreter.

19) Vgl. Dernburg, Pand. II § 116 zu Note 1.

verhältniß partiarisch, ohne im Uebrigen seinen Charakter zu verändern. Insbesondere wird es dadurch sowenig zur Gesellschaft wie jeder andere Dienst- oder Werkvertrag, der gegen Gewinnbetheiligung des ausführenden Theils am Arbeitsresultat geschlossen wird. Die partiarische Entlohnung empfieht sich um so mehr, als der Geschäftsherr die Vermittelungsthätigkeit doch in den meisten Fällen weder im Einzelnen dirigiren noch gehörig kontroliren kann, vielmehr dem Vermittler Vertrauen schenken und in den meisten Beziehungen mehr oder minder freien Spielraum lassen muß. Freilich findet im Agenturverhältniß die Entlohnung allgemein nur nach den Regeln des Werkvertrags, also für die gelungene Vermittelung statt; ja es genügt nicht einmal das bloße Zustandebringen des beabsichtigten Geschäfts durch den Agenten, sondern es wird verlangt, daß das vermittelte Geschäft zur Ausführung gekommen sei[20]) (vgl. darüber jetzt § 88 HGB)[21]). Für uns besteht keine Veranlassung, darauf näher einzugehen. Durch die Bestimmung wird allerdings schon generell der Agent veranlaßt, bei seiner Vermittelung vorsichtig zu Werke zu gehen, insbesondere auch bei Verkäufen die Zahlungsfähigkeit des Abnehmers zu prüfen, mit einem Wort in jeder Hinsicht schlechte Abschlüsse zu vermeiden. Auch ist dadurch, daß dem Agenten regelmäßig von den von ihm vermittelten Geschäften Provision gewährt wird[22]), im Prinzip dafür

20) Besteht die Thätigkeit des Handlungsagenten in der Vermittelung oder Abschließung von Verkäufen, so ist im Zweifel der Anspruch auf die Provision erst nach dem Eingange der Zahlung und nur nach dem Verhältnisse des eingegangenen Betrags erworben.

21) Nur wenn die Ausführung des Geschäfts in Folge des Verhaltens des Geschäftsherrn ganz oder theilweise unterblieb, ohne daß wichtige Gründe in der Person desjenigen vorlagen, mit welchem das Geschäft abgeschlossen ist, kann der Agent die volle Provision beanspruchen.

22) Vgl. § 88 HGB und über die Natur der Provisionsentlohnung oben § 25 zu Note 8ff.

geſorgt, daß der Agent den Umfang ſeiner Bemühungen dem Werth der einzelnen ihm anvertrauten Beſorgungen anpaßt, alſo den wichtigeren Aufträgen erhöhte Aufmerkſamkeit und Eifer zuwendet, da er an ihnen ſelbſt auch mehr verdient, während er andernfalls geradezu darauf angewieſen wäre, auf Nummern zu arbeiten. Alles das genügt aber unter Umſtänden noch nicht, um das Intereſſe des Auftraggebers an vortheilhaftem Abſchluß einerſeits und dasjenige des Vermittlers, dem es trotz aller Diligenzpflicht doch natürlich in erſter Linie auf den Abſchluß überhaupt ankommt, in vollem Umfang zu befriedigen. Wenn die Vermittelung nämlich, um nur dieſen Fall herauszugreifen, ſo ſchwierig iſt, daß der Erfolg in keiner Hinſicht ſicher iſt, ſo wird die Proviſion bei noch ſo großem Werthe des Geſchäftsgegenſtands oft den Vermittler nicht genügend reizen, da er zu wenig Ausſicht hat, ſie zu verdienen. Der Auftraggeber muß ihn da ſtärker intereſſiren. Das kann er aber ſeinerſeits nur unter der Vorausſetzung, daß er an dem Geſchäfte ſelbſt verdient; ſonſt iſt das Riſiko zu groß. Auf dieſer wechſelſeitigen Baſis baut ſich die Vereinbarung auf, daß dem Vermittler ſtatt der gewöhnlichen Proviſion ein Antheil am Gewinne zugeſichert wird, welchen der Kommittent aus dem beabſichtigten Geſchäfte erzielt. Auch hier handelt es ſich um ein Verſprechen von Prozenten an den Vermittler, aber von ſolchen am Gewinn des Kommittenten aus dem Geſchäft, ſodaß, wenn letzteres dem Kommittenten keinen Gewinn bringt, aus dem Verſprechen nichts geſchuldet wird. Der Vermittler nimmt alſo in dieſer Hinſicht einen Theil der Konjunktur auf ſich. Daher kommt bei der partiariſchen Lohnberedung auch nichts darauf an, unter welchen Vorausſetzungen die gewöhnliche Proviſion verdient iſt — ob ſchon mit Abſchluß des vermittelten Geſchäfts oder erſt mit deſſen Ausführung. Der partiariſche (Gewinn)anſpruch ſetzt ſtets den Eintritt des geſammten

Resultates des Geschäfts voraus. Vorher kann von der Frage, ob Gewinn gemacht ist, und daher vom Lohne des Vermittlers nicht die Rede sein. Dies gilt für alle Arten von partiarischen Vermittelungen, also ebensowohl für den Mäkler und Kommissionär[23]). Auf die etwaige Erstattungspflicht von Aufwendungen hat die partiarische Gestaltung des Kontrakts dagegen keinen Einfluß[24]).

Die Vermittelungsthätigkeit des Agenten im engeren Sinne (also wenn er nicht selbst im Namen des Geschäftsherrn abschließt) ist eine faktische (nicht rechtliche) Thätigkeit. Daß die Geschäftsbesorgung in dieser Weise auf rein thatsächliche Dienste gehen kann, ist schon hervorgehoben[25]). Diese Art der Thätigkeit des Agenten kommt wesentlich mit der des Mäklers überein. Sie besteht z. B. in der Aufsuchung von Personen, welche sich zum Abschluß von Verträgen der beabsichtigten Art mit dem Geschäftsherrn eignen, in thatsächlichen Bemühungen zur Erzielung des Konsenses mit den allgemeinen Propositionen des Auftraggebers und Uebermittelung der bezüglichen Konsenserklärungen. Hiernach steht die Vermittelungsthätigkeit im engeren Sinne in direktem Gegensatz zum Selbstabschluß der Geschäfte durch den Agenten namens seines Auftraggebers. Im vorwürfigen Falle kommt ein bindendes Geschäft erst durch die eigene Erklärung des Auftraggebers, daß er das Geschäft abschließe bezw. durch Bestätigung der überschriebenen Order zu Stande. Unmittelbarer Abschluß des Geschäfts durch den Agenten

23) S. die folgenden Abschnitte. — Nur für den eventuellen Surrogatlohn wird die Frage praktisch.

24) M. a. W. die Aufwendungen sind nach gewöhnlichen Grundsätzen und in Geld bezw. nach § 257 BGB zu ersetzen. Vgl. oben § 49. Uebrigens hat ein Agent der Regel nach sowenig wie ein Mäkler auf Ersatz seiner gewöhnlichen Kosten und Auslagen Anspruch. S. § 90 HGB, § 652 Abs. 2 BGB.

25) Vgl. § 37 zu Note 10.

für das vertretene Haus setzt also stets eine besonders ertheilte Vollmacht voraus.

Auf der andern Seite liegt aber das Verhältniß meistens so, daß der Konsens des Kommittenten zu den dem Publikum von dem Agenten offerirten Bedingungen *ohne Weiteres zu unterstellen ist*, sodaß im Leben und insbesondere im kaufmännischen Verkehr das einzelne Geschäft als abgeschlossen angesehen, und namentlich von Seiten des dritten Kontrahenten auf Erfüllung gerechnet wird, *sobald nur dieser selbst seinen Konsens erklärt*, nicht auch noch der Kommittent des vermittelnden Agenten seine Zustimmung geäußert hat. Demgemäß hatte sich schon bisher die Anschauung ausgebildet, daß der Konsens des vom Agenten „vertretenen" Handlungshauses zu den mit Dritten verabredeten Vertragsbedingungen als stillschweigend erklärt zu gelten habe, wenn der Geschäftsherr der Abmachung nach Kenntnißnahme nicht sofort widerspricht[26]). Diese Ansicht ist von der Handelsrechtsnovelle in der Form adoptirt, daß die von einem nur zur Vermittelung von Geschäften bestellten Agenten unter Ueberschreitung seiner Befugniß fest abgeschlossenen Geschäfte von dem Geschäftsherrn unverzüglich nachdem er von dem Abschluß Kenntniß erlangt hat abgelehnt werden müssen, widrigenfalls sie als von ihm genehmigt anzusehen sind (§ 85 HGB). Dadurch wird nicht nur die Sicherheit des Verkehrs in den zahlreichen auf Agenturvermittelung angewiesenen Geschäftsgattungen gewährleistet, sondern auch in vielen Fällen eine ausdrückliche Erklärung des Geschäftsherrn ganz erübrigt.

Die Vermittelung im engeren Sinne besteht in der *wirklichen Herbeiführung des Konsenses des Kommittenten* mit dem zugeführten Dritten nebst allen dazu erforderlichen schon besprochenen Maßnahmen. Es gilt in

26) Vgl. Entsch. d. Reichsgerichts v. 23. Nov. 1892 Bd. 30 S. 30.

dieser Hinsicht ganz dasselbe wie bei den Handelsmäklern. Die Vermittlerthätigkeit besteht also nicht blos im Nachweis der Gelegenheit zu einem Geschäftsabschlusse, sondern in der Herbeiführung des Abschlusses selbst. Das ist unzweifelhaft die herrschende Verkehrsauffassung und der gesetzliche Sinn des Ausdruckes: „Vermittelung“ [27]). Damit stimmt auch § 652 BGB überein, welcher im allgemeinen bürgerlichen Verkehr auch eine mindere Mäklerthätigkeit, den bloßen Nachweis der Gelegenheit zu einem passenden Geschäftsabschluß kennt, diese beschränkte Thätigkeit aber ausdrücklich neben der Vermittelung erwähnt [28]).

Daß der Agent dem Kommittenten nach Vollendung der aufgetragenen Thätigkeit bezw. periodisch Rechenschaft abzulegen hat, folgt aus der allgemeinen, auch für das Handelsrecht maßgebenden Bestimmung des § 666 BGB. Die Rechenschaftspflicht ist auch für die Frage der Vergütung nicht unerheblich. Aus der Rechnung ergibt sich namentlich bei dem auf Gewinnprovision angewiesenen Agenten in vielen Fällen die Höhe des Gewinnes und damit des Lohns. Auf der anderen Seite läßt der Rechenschaftsbericht oftmals erkennen, ob der Agent bei seinen Maßnahmen die Pflicht, ausschließlich das Interesse seiner Partei zu wahren, nicht außer Augen gelassen hat. Die Rechte des Agenten aus der partiarischen Klausel auf den Lohn sind im Zusammen-

27) Es kann dieses Wort in § 84 HGB in keinem andern Sinne gebraucht sein, als in § 93 mit Beziehung auf den Mäkler. Beim Handelsmäkler aber ergibt sich nicht nur aus der allgemeinen Uebung des Handelsstandes, sondern auch aus der Verpflichtung zur Mittheilung von Schlußnoten über das zu Stande gekommene Geschäft (§ 94), daß seine Thätigkeit bis zur Erzielung des Konsenses der Parteien, ja noch darüber hinaus fortzudauern hat.

28) Eine Uebertragung auf den Civilagenten auf Grund obwaltender Parteiverabredung ist zwar nicht unzulässig, entspricht aber in keiner Hinsicht einem praktischen Bedürfniß.

hang erst unten zu besprechen. Hier ist nur hervorzuheben, daß der Anspruch aus blos vermittelten Geschäften stets den Nachweis des Kausalzusammenhanges zwischen der Thätigkeit des Agenten und dem Geschäftsabschluß voraussetzt. Doch macht der Punkt hier meistens keine besonderen Schwierigkeiten, da regelmäßig der Agent dem Kommittenten seine Ordres aufgibt. Die Frage des Kausalzusammenhangs wird daher in der Litteratur kaum aufgeworfen. Das unten hinsichtlich des Mäklers Gesagte kann auch hier entsprechende Verwendung finden[29]). Bei den Geschäften, die der Agent unmittelbar im Namen seines Auftraggebers schließt oder welche von letzterem genehmigt sind, ist die Kausalverbindung ohne Weiteres gegeben. Daß die Vergütung des Agenten für die von ihm zu Stande gebrachten Geschäftsabschlüsse nicht schon in allen Fällen mit dem Zustandebringen des betreffenden Vertrags verdient ist, wurde schon erwähnt. Die partiarische Klausel enthält auch einen solchen Fall (s. u. §§ 65 ff.).

B. Mäklervertrag.

§ 60.

Im Gegensatze zum Agenten ist der Mäkler Vermittler von Geschäften für den Einzelfall. Es fehlt also hier die ständige Beziehung des Geschäftsbesorgers zu einem bestimmten Auftraggeber und damit auch die Aehnlichkeit des Verhältnisses mit dem des Handlungsgehülfen, von welcher wir bei der Betrachtung der Agententhätigkeit unseren Ausgang nahmen. Diese Verschiedenheit hat ihre Konsequenzen. Die dauernde Beziehung des Agenten zu einem und demselben Kommittenten hatte hier, wie wir sahen, für den Vermittler selbst die Folge, daß letzterer bei Ausführung des Auftrags mit aller Sorgfalt das Interesse seines Kommittenten wahr-

29) S. unten § 60 gegen Ende. — Nur gegen Kündigung ist der Agent durch § 92 HGB besser geschützt. S. darüber unten § 70.

zunehmen hat, im Gegensatz zu den Interessen des Dritten, mit welchem er das abzuschließende Geschäft zu Stande bringt. Diese Pflicht der einseitigen Interessenvertretung muß mit dem Fortfall der ständigen Verbindung zwischen dem Vermittler und seinem Auftraggeber auch selbst regelmäßig fortfallen. Ist der Vermittler nur ein Geschäftsmann, an den sich Jeder nach Bedürfniß im Einzelfalle wendet, so hängt es häufig nur vom Zufall ab, welcher der beiden Interessenten dies zuerst thut und demgemäß den Mäkler beauftragt. Und auch in anderen Beziehungen ist die Sachlage hier nicht dazu angethan, eine Interessenvertretung der einen Partei gegen die andere eintreten zu lassen oder dem Vermittler anzusinnen. In Verbindung damit steht, daß der Vermittler hier nie im Namen der Partei abschließt, die sich zuerst an ihn gewendet hat. Sondern der Mäkler vermittelt nur im engeren Sinne, er bahnt nur den Geschäftsschluß zwischen den beiden Interessenten an, indem er sie einander zuführt, sie wechselseitig zum Abschlusse bestimmt und der einen Partei den Konsens der anderen übermittelt. Die Geschäfte des Mäklers sind also thatsächlicher, nicht rechtlicher Natur[1]). Es handelt sich um eine Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 BGB gegen Entgelt, welche also an sich durchaus unter den Begriff des Dienst- oder Werkvertrages fiele, wenn nicht die Eigenthümlichkeit der aufgetragenen Besorgung eine besondere Regelung des Verhältnisses erforderlich machte. Wo letztere wie im bisherigen gemeinen Rechte fehlt, ist in der That die Uebereinkunft mit dem Mäkler als ein derartiger gewöhnlicher Arbeitsvertrag aufzufassen. Zwar sträubte sich noch das

1) Vgl. auch Laband in Goldschmidt's Ztschr. f. HR Bd. 10 S. 193; Puchelt in Busch's Archiv f. HR Bd. 13 S. 409; Rocholl i. d. Beitr. zur Erläut. d. deutschen Rechts Bd. 20 S. 404 u. Rechtsfälle a. d. Praxis d. Reichsgerichts II S. 76 ff.; v. Hahn, Kommentar z. HGB vor Art. 66 ff.; Dernburg, Preuß. Privatr. II § 190. Entsch. d. ROHG Bd. 4 N. 86; Bd. 10 N. 82 u. A.

reine römische Recht, diese Vereinbarung als Quelle einer eigentlichen Kontraktsverbindlichkeit anzuerkennen, obschon die Thätigkeit der Mäkler in Rom sehr wohl bekannt und vielleicht kaum minder häufig in Anspruch genommen war als heutzutage[2]). Die betreffende Zurückhaltung hängt einerseits mit dem bereits erwähnten Rigorismus des römischen Kontraktsystems und der Verkennung des Werths der freien Arbeit zusammen, wonach man nicht dazu gelangte, diese Art von Thätigkeit dem Typus eines der als klagbar anerkannten Kontrakte unterzuordnen und, wie beim Vertrage mit dem mensor, kein eigentliches Rechtsgeschäft darin erblickte[3]). Auf der anderen Seite ist die vom Mäkler ver-

2) Vgl. den Titel Dig. de proxeneticis (50, 14) und l. 6 Cod. de sponsalibus et arrhis sponsal. et prox. (5, 1). In der ersten Stelle wird erwähnt, daß die Mäkler Darlehen, Käufe und Verkäufe, Handelsgeschäfte und erlaubte Kontrakte aller Art, ja selbst gelegentliche oder freundschaftliche Verbindungen, Assessuren oder irgend etwas dieser Art vermitteln; in der zweiten (nicht glossirten und aus den Basiliken eingeschobenen Stelle) wird der Vermittelung einer Ehe gedacht und ausgesprochen, daß der Mäkler im Allgemeinen dafür Nichts bekommen soll. Ebenso (entsprechend der französischen Praxis: vgl. Laurent, Principes Bd. XVI n. 150 ff., Entsch. d. RG Bd. 25 S. 340) jetzt prinzipiell § 656 BGB. S. dazu Kohler, Ehemakellohn, i. Arch. f. bürg. Recht Bd. 12 S. 317.

3) Vgl. l. 1 § 1 Dig. si mensor (11, 6) mit l. 2 Dig. de proxenet. Es handelt sich auch bei dem Mäkler um das Versprechen einer freien geistigen, den Umständen anzupassenden Thätigkeit (operae liberales), welche an sich nach römischer Auffassung nur unter die Kategorie des (seiner Natur nach unentgeltlichen) Mandates paßte. Wo diese Zuordnung, wie hier, nicht möglich war, fiel das Geschäft aus dem Rahmen der eigentlichen Rechtsordnung heraus, so daß man nur, den Umständen entsprechend, aus Gründen der Billigkeit dem Handelnden im Wege einer extraordinaria cognitio zu Hülfe zu kommen suchte. Dies wurde, wie beim mensor, so auch hier zur Regel. Vgl. tit. Dig. de extraord. cogn. (50, 13) u. l. 1 u. 3 Dig. de prox. Uebrigens hat bereits das römische Recht beim mensor einer freieren Auffassung Raum gegeben und den Vertrag mit ihm den Regeln der Dienstmiethe unterstellt. Vgl. l. 4 § 1 Dig. fin. reg. (10, 1). Das gemeine Recht ist also, wenn es bei dem Mäkler

sprochene Leistung so eigenthümlicher Art, daß sie der Konstruktion eines klagbaren Schuldverhältnisses von vornherein besondere Schwierigkeiten entgegensetzte. Der Mäkler soll in angemessener Weise auf das Zustandekommen des Vertrages zwischen seinem Auftraggeber und einem geeigneten Dritten hinwirken, die betreffende Person nachweisen und sich — falls nicht sein Auftrag lediglich darauf beschränkt ist — auch noch weiter (gewissenhaft und redlich) um die Herbeiführung des Konsenses zwischen den Betheiligten bemühen; zu diesem Ende die Verhandlungen führen, nach Möglichkeit alle bestehenden Differenzpunkte zwischen den Paziszenten beseitigen, kurz den Kontraktschluß vorbereiten und eventuell beurkunden[4]). Es ist nun aber nicht blos gänzlich ungewiß, ob diese Bemühungen Erfolg haben werden, sondern auch die Art der Thätigkeit, welche erforderlich und geeignet ist, den Abschluß herbeizuführen, im Voraus gar nicht zu bestimmen. Der Auftraggeber kann es also nur dem Mäkler überlassen, zum Zwecke des Erfolgs im Einzelfall dasjenige zu thun, was er nach freiem Ermessen für sachdienlich erachtet, und ist genöthigt, ihm in dieser Hinsicht völliges Vertrauen zu schenken. Eine Kontrole der Maßregeln verbietet sich meist von selbst[5]). Daher kommt es, daß man eine civilrechtliche Verpflichtung des Mäklers zur Aufwendung der versprochenen Bemühungen überhaupt geleugnet hat, weil der von ihm versprochenen Leistung die nöthige Bestimmtheit fehle. Der Mäkler habe für den

---

schließlich dasselbe that, nur auf der durch das römische Recht selbst vorgezeichneten Bahn in konsequenter Weise fortgeschritten. Freilich kommen beim Mäkler noch weitere Umstände in Betracht.

4) Schlußnoten des Handelsmäklers über die von ihm vermittelten Geschäfte, — Eintragung in's Tagebuch u. s. w.

5) Soll der Mäkler nach bestimmten Instruktionen handeln, so fällt die Abrede aus der Kategorie des Mäklervertrags heraus und wird zum gewöhnlichen Dienst- oder Werkvertrage. Vgl. Rocholl, Rechtsfälle S. 83.

Erfolg der zugesagten Leistung keine Gewähr übernommen[6]) und überhaupt als Leistung etwas durchaus Unbestimmtes und Unbestimmbares versprochen. Es entstehe somit für den Mäkler gar keine Verpflichtung zur Ausführung. Seine Leistung stehe nicht in obligatione, sondern nur in condicione; es sei ihm nur der Mäklerlohn bedingt versprochen, und wenn er handle, so geschehe es nur freiwillig, um diesen zu verdienen. Die Folge dieser Auffassung ist wiederum die Herausdrängung des Aktes aus dem Rahmen der Vertragsverhältnisse, was praktisch zur Folge haben würde, daß der Mäkler wegen seiner Thätigkeit nicht für Verschulden, sondern nur für dolus[7]) bezw. nach den Regeln über unerlaubte Handlungen haftet[8]). Daß eine solche Auffassung dem Leben, den berechtigten Interessen des Kommittenten widerspricht, liegt auf der Hand. Es ist bereits erwähnt, daß Kommittent genöthigt ist, dem Vermittler besonderes Vertrauen zu schenken; ja die Verhältnisse bringen es in vielen Fällen mit sich, daß der Auftraggeber seinem Mittelsmann, damit der letztere erfolgreich für ihn handeln könne, weit offener seine Absichten mittheilen muß, als er dies dem Gegenkontrahenten des zu vermittelnden Geschäftes

6) Hätte er das gethan, so würde ein sog. Vertrag zu Lasten Dritter vorliegen. Der Vermittler kann natürlich den Dritten, dessen Leistung er verspricht, nicht zwingen, verpflichtet sich aber selbst auf das Interesse, wenn die Leistung des Dritten nicht erfolgt. Vgl. die Quellenzusammenstellung bei Vangerow, Pand. III § 608 S. 297; Windscheid, Pand. II § 317. — So aber gelte der Satz l. 3 J. de inut. stip.): Si quis alium daturum facturumve quid sponderit, non obligatur, veluti si spondeat Titium quinque aureos daturum.

7) Vgl. bereits l. 2 Dig. de prox.: Plane si dolo et calliditate creditorem circumvenerit, de dolo actione tenebitur.

8) So noch heute Reuling, Die Provisionsansprüche des Grundstücksvermittlers, i. d. Beiträgen zur Erläut. d. deutschen Rechts Bd. 40 S. 193; Eccius, Preuß. Privatrecht 7. A. (1896) II § 138 zu N. 68b; J. Burchard i. d. Verhandl. des XXIV. deutschen Juristentages, Gutachten Bd. II S. 289 ff.

gegenüber jemals thun würde[9]). Nun heißt es doch geradezu eine Prämie auf die Verletzung von Treu und Glauben, Gewissenhaftigkeit und Redlichkeit im Rechtsverkehre setzen, wenn man in einem Falle, wo der eine Theil genöthigt ist, dem Anderen sein ganzes Innere aufzudecken, sich gänzlich seiner Treue, Geschicklichkeit und Umsicht zu überlassen, den Anderen in dieser Hinsicht nur für Dolus und Delikt haftbar macht. Gewiß ist zuzugeben, daß der Vertrag auch so geschlossen werden kann, daß er den Mäkler seinerseits zu Nichts verpflichtet[10]); aber daß dies der juristischen Nothwendigkeit oder auch nur der gewöhnlichen Parteiabsicht entspreche, muß entschieden verneint werden. Gerade wenn der Kommittent genöthigt war, dem Mäkler die vorbezeichneten Eröffnungen zu machen, so wird es als die Absicht der Parteien anzusehen sein, daß sie nur Dem gemacht werden sollten, der sich auch seinerseits zur entsprechenden Verwerthung der mitgetheilten Angaben verband bezw. zur Beseitigung der aufgedeckten Uebelstände in der begehrten Richtung das Seinige zu thun versprochen hat[11]). Auch ist nicht richtig, daß die vom Vermittler

9) S. auch Rocholl a. a. O. S. 84.

10) S. auch Motive z. BGB Bd. II S. 510ff. Die Fassung des § 652 läßt denn auch diese Möglichkeit absichtlich offen.

11) Daher ist auch aus der Nichtaufnahme einer dem § 98 HGB entsprechenden Bestimmung in das Bürgerliche Gesetzbuch nichts für die Ansicht der in Note 8 genannten Schriftsteller zu folgern. Soweit es sich um das Verhältniß des Mäklers zu seinem eigentlichen (ersten) Auftraggeber handelt, bedurfte es des Satzes, daß der Mäkler ihm für Verschulden hafte, gar nicht. Er folgt aus dem Vertrag nach allgemeinen Grundsätzen. Freilich ist auch in § 98 HGB in erster Linie an kontraktliches Verschulden gedacht, aber die Vorschrift rechtfertigte sich dadurch und das ist ihr Sinn, die Haftung handelsrechtlich beiden Betheiligten des vermittelten Geschäfts gegenüber zu statuiren. Darüber s. noch unten. Eine solche Vorschrift auch für das Civilrecht zu wünschen (Burchard a. a. O. S. 290—293), ist verfehlt. Dem Wesen des Civilrechts widerspricht diese gesetzliche Subintelligirung eines doppelten (von beiden Seiten gegebenen)

versprochene Leistung unbestimmbar sei. Sie ist nicht weniger bestimmt als jede versprochene Bethätigung der freien Geisteskraft, welche Gegenstand eines gültigen Vertrages, heute auch des Dienst- und Werkvertrages sein kann[12]). Sogut wie sich beim Engagiren eines Advokaten, Arztes, eines Lehrers u. dgl. nicht im Voraus übersehen läßt, zu welchen Maßnahmen die bedungene Thätigkeit desselben im Einzelnen führen wird, während sich der Zusagende gleichwohl zur Anwendung der nach den Umständen geeigneten Maßnahmen verpflichtet und wegen schuldhafter Versäumung der letzteren haftbar gemacht werden kann, ganz ebenso ist es auch eine hinreichend bestimmte und demnach völlig gültige Zusage, zur Herbeiführung des Konsenses eines Dritten mit dem Auftraggeber das Seinige zu thun, m. a. W. den Abschluß eines Rechtsgeschäftes zwischen ihnen zu vermitteln. Welche Schritte im Einzelnen dazu erforderlich sind, ergibt sich aus den Umständen; und es ist vollkommen zulässig, den Inhalt der versprochenen Leistung darauf abzustellen. Der Mäkler ist danach verpflichtet, sich den Umständen entsprechend zu bemühen: das ist seine gewerblich übernommene Leistung, die auch der Verkehr als die Obliegenheit des Mäklers sattsam kennt[13]). Danach ist also auch der Mäklervertrag kein einseitiger Vertrag[14]),

---

Auftrages durchaus. Vor einer solchen Kommerzialisirung des bürgerlichen Rechts ist nur zu warnen. (Ob freilich die gewerbsmäßigen Grundstücksmäkler noch auf dem unverfälschten Boden des letzteren stehen und nicht bis zu gewissem Grade nach Analogie des Handelsrechtes zu behandeln sind, ist eine andere Frage.)

12) Vgl. oben Note 3; Windscheid, Pandekten II § 404, bes. Note 8; ferner §§ 611, 631 BGB sowie die Analogie der operae als Gesellschaftseinlage oben § 2 zu Note 6ff.

13) Vgl. bereits Art. 81 des alten Handelsgesetzbuchs, der den Handelsmäkler für jede schuldhafte Außerachtlassung dieser Verpflichtung haftbar macht. Auch der Kommissionär verspricht keine anders geartete Thätigkeit. S. auch noch unten Anm. 17.

14) Jedenfalls keine „nur einseitige Erklärung des aus-

sondern der Mäkler wie sein Auftraggeber sind wechselseitig verpflichtet: der Eine, die versprochenen Bemühungen anzuwenden, der Andere, dafür den Mäklerlohn zu zahlen; und zwar zum größeren Anreiz auch hier nicht selten in partiarischer Gestalt (in Prozenten vom Gewinn aus dem vermittelten Geschäft). Nur soviel ist von der oben reprobirten Meinung richtig, daß eine Klage des Kommittenten gegen den Mäkler auf Vornahme der zugesagten Dienste (also auf Vermittelung) regelmäßig nicht von Erfolg begleitet ist[15]). Denn in den meisten Fällen läßt sie sich nicht substanziiren, weil keinerlei bestimmte Maßnahmen angegeben werden können, die der Vermittler zur Erfüllung seiner Pflicht ausschließlich vorzunehmen hätte. Im Gegentheil wird letzterer sich durch den Hinweis auf jede von ihm vorgenommene oder projektirte Maßnahme entschuldigen können. Nur wenn er gar Nichts in dieser Richtung anzuführen hätte, während Kläger nachweist, daß mindestens zu irgend welchen Maßnahmen Gelegenheit vorhanden ist, wird er zu letzteren gezwungen werden können, vorausgesetzt daß deren Vornahme ausschließlich vom Willen des Vermittlers abhängt[16]) (§ 774 CPO). Freilich ob eine dieser Art erzwungene Vermittler-

---

drücklich oder stillschweigend einen Maklerlohn Versprechenden" (Burchard a. a. O. S. 290).

15) So auch Rocholl a. a. O. S. 84; Dernburg, Preuß. Privatrecht II § 190 Note 9.

16) Wenn Rocholl u. Dernburg a. a. O. die faktische Durchführbarkeit der Klage gegen den Mäkler auf Erfüllung seiner Pflicht in jedem Falle leugnen, so geht auch das im Prinzip zu weit. Es ist zwischen der Pflicht zur Vornahme gewisser Maßnahmen und der Vermittelung des Geschäftes selbst (der Herbeiführung seines Abschlusses oder des Nachweises von Gelegenheit im Sinne des § 652 BGB) zu unterscheiden. Die Vermittelung selbst ist keinesfalls erzwingbar, weil sie nie blos vom Willen des Vermittlers abhängt; zur Vornahme einzelner in Betracht kommender Maßnahmen kann der Mäkler an sich sehr wohl gezwungen werden.

thätigkeit[17]) dem Kommittenten von Interesse ist, darf füglich bezweifelt werden; so daß ihm heutzutage wohl gerathen werden darf, statt dessen von dem in § 283 BGB bezeichneten Wege Gebrauch zu machen und eventuell Schadensersatz zu verlangen. Zur Substanziirung des letzteren Anspruchs überhaupt wird ebenfalls der Nachweis erforderlich sein, daß der Mäkler ihm bekannt gewesene Gelegenheiten zur Vermittelung unthätig habe vorübergehen lassen, während er seinerseits keine anderen für den Auftraggeber vorgenommenen Bemühungen anführen kann. Ebenso wird eine solche Klage dann begründet sein, wenn der Mäkler pflichtwidrig[18]) die Vermittlerthätigkeit einem Anderen überlassen hat und die Vermittelung erfolglos blieb. Oder endlich, wenn er das beabsichtigte Geschäft, statt für den Auftraggeber, für einen Anderen vermittelt hat, während der Auftraggeber nachweist, daß das Geschäft mit ihm zu Stande gekommen wäre[19]), wenn der Mäkler die versprochenen Bemühungen für ihn, nicht für den Anderen aufgewendet hätte[20]).

---

17) Auf die Selbsteintrittspflicht des Mäklers in das zur Vermittelung aufgegebene Geschäft im Fall der Ausstellung einer Schlußnote, in welcher sich der Handelsmäkler die Bezeichnung der anderen Partei vorbehalten hat, nach Maßgabe der Handelsrechtsnovelle § 95 ist hier nicht einzugehen. Aber auch diese Selbsteintrittspflicht beweist für ein vertragliches Gebundensein des Mäklers. Bei umgekehrter Auffassung wäre hier wieder eine höchst künstliche Konstruktion erforderlich und die Harmonie mit der Selbsteintrittspflicht des Kommissionärs (§ 384 Abs. 3) in nicht zu rechtfertigender Weise gestört.

18) Ob resp. wann das der Fall ist, s. § 64 unten.

19) Z. B. weil seine Vertragsbedingungen für den dritten Kontrahenten günstiger waren als die des Anderen, für den der Mäkler das Geschäft vermittelt hat.

20) Oder wenn er sich über den thatsächlich nicht erfolgten Konsens der Parteien schuldhafter Weise geirrt hat. Vgl. Entsch. d. ROHG Bd. 4 S. 412. Praktisch wichtiger noch als diese selbständigen Ansprüche sind die desbezüglichen Einreden des Kom-

Sind hiernach der Mäkler wie sein Auftraggeber aus dem auf die Vermittelung gerichteten Vertrage gleichmäßig verpflichtet, so war es nur eine konsequente Fortbildung des römischen Rechts, diesen Vertrag, solange besondere Vorschriften darüber fehlten, den Grundsätzen der Dienstmiethe, Werkverdingung oder des (gemeinrechtlich der Honorirung fähigen) Mandats zu unterstellen[21]). Was Rocholl dagegen vorbringt, ist für das gemeine Recht irrthümlich bezw. ohne Belang[22]). Die auch vorkommende Qualifizirung des Mäklervertrags als Innominatkontrakt kommt mit dem Verzicht auf eine nähere Regelung des Institutes überein. Diese Klassifizirung war gewiß die bequemste; ein sonstiger Vorzug läßt sich ihr nicht nachrühmen. Dem praktischen Bedürfniß trug sie ebensowenig Rechnung, wie die Ansicht, daß die Leistung des Mäklers nur in condicione, nicht in obligatione sei. Wenn irgendwo die völlige Gewerbefreiheit Schaden stiftet, so ist dies bei dem Mäklergewerbe der Fall, welches erfahrungsgemäß zu allen Zeiten eine Reihe un-

mittenten gegen den Anspruch auf den Mäklerlohn. S. darüber weiter unten.

21) Vgl. zum Folgenden die Pandektenlehrbücher von Puchta § 315; Brinz II § 334 Anm. 10; Sintenis II § 113 Anm. 8; Arndts § 314; Windscheid II § 404 Anm. 4 u. 8. Ferner Endemann, Handelsrecht § 190 Anm. 2; Laband i. d. Ztschr. f. deutsches Recht Bd. 20 S. 8 ff.; Kuhn, Zur Lehre vom Mäklergeschäft, i. Arch. f. prakt. Rechtswiss. N. F. Bd. 6 S. 252 ff.; Tophoff i. d. Beitr. zur Erläut. des deutschen Rechts Bd. 17 S. 790; Rocholl eod. Bd. 20 S. 404 u. i. d. Rechtsfällen a. d. Praxis d. RG II S. 76 ff.; Eccius, Preuß. Privatrecht II § 138 zu N. 68a u. ff. sowie die Präjudizienſammlung in Goldschmidt's Ztschr. Bd. 8 S. 172 ff., Bd. 22 S. 261 ff.

22) Vgl. Rechtsfälle S. 77. Denn weder ist nach gemeinem Rechte das Mandat nothwendig mit einer Stellvertretung verbunden wie nach Preuß. Recht (§ 5 I 13 ALR), noch ist es richtig, daß nach gemeinem Recht das Mandat stets auf Vornahme von Rechtsgeschäften oder auch nur von Rechtshandlungen durch den Mandatar gerichtet sei. Vgl. Dernburg, Pand. II § 115 N. 3 u. oben § 37 zu Note 10.

lauterer Elemente in sich vereinigt hat[23]). Den dadurch drohenden Gefahren ist nur durch feste Rechtsnormen über die Rechte und Pflichten der Mäkler zu begegnen. Solche hat zuerst das Handelsrecht für die in älterer Zeit allein anerkannten[24]) amtlich bestellten Handelsmäkler, welche eine Art öffentlicher Vertrauensstellung einnahmen und gewissermaßen unparteiisch zwischen den durch ihre Thätigkeit zusammengefundenen Kontrahenten stehen sollten, erlassen[25]). Doch wurde gleichzeitig auch die private Mäklerthätigkeit freigegeben[26]), und war das Resultat zunächst die analoge Anwendung der im Handelsgesetzbuch gegebenen Bestimmungen auf diese Privatmäkler, soweit die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs nicht ausschließlich mit der amtlichen Rechtsstellung der öffentlich bestellten Handelsmäkler zusammenhingen[27]). Auch waren die Privat-

23) Vgl. Rocholl a. a. O. S. 74 und neuestens noch den Bericht der Reichstagskommission z. Allg. Theil u. Obl.R (amtl. Ausgabe) S. 94. Auch die l. 3 Dig. de prox. läßt Aehnliches durchblicken.

24) Unbefugte Mäklerei war z. B. nach älterem Preuß. Recht verboten und strafbar. Vgl. ALR II §§ 1308 ff. u. Dernburg, Preuß. Privatr. II § 190 Anm. 3.

25) Art. 66—84 des alten deutschen Handelsgesetzbuchs. Die betr. Vorschriften sind größtentheils instruktioneller Natur und beziehen sich auf die Amtspflichten des öffentlichen Mäklers. Anders insbesondere Art. 67 Abs. 2, Art. 81—83.

26) Art. 84 Abs. 2 HGB, wonach den amtlich bestellten Handelsmäklern nach Landesrecht die ausschließliche Befugniß zur Vermittelung von Handelsgeschäften beigelegt werden durfte. Davon ist jedoch fast nirgendwo Gebrauch gemacht, — im Gegentheil, der zwischenzeitlich aufgekommenen neueren Richtung gemäß wurde fast überall bestimmt, daß den erwähnten öffentlichen Handelsmäklern ein ausschließliches Recht zur Vermittelung von Handelsgeschäften nicht zustehe (vgl. z. B. Preuß. EG v. 24. Juni 1861 Art. 9, Württ. EG v. 13. Aug. 1865 Art. 32), oder das Institut der letzteren ist (wie in Baden) gar nicht eingeführt, oder (wie in Bremen und Hamburg) nachträglich beseitigt. Vgl. dazu auch Verhandlungen des VII. deutschen Juristentages II S. 68 ff.

27) Vgl. Entsch. d. RG Bd. 4 S. 224; Behrend, Handelsrecht

mäkler[28]) schon immer Kaufleute, wenn sie die Vermittelung von Handelsgeschäften[29]) gewerbsmäßig betrieben (Art. 272 Ziff. 4 HGB). Die Reichsgewerbeordnung vom 1. Juli 1883 § 35 fügte einige Kontrolvorschriften hinzu.

Die unbefriedigende Lückenhaftigkeit des geschilderten Zustandes ist nunmehr durch die Reichsgesetzgebung beseitigt. In konsequenter Fortbildung der neueren Richtung (Anm. 26) ist in der Handelsrechtsnovelle das Institut der amtlichen Handelsmäkler ganz beseitigt und gibt es — abgesehen von den durch §§ 30 ff. des Börsengesetzes vom 22. Juni 1896 neu kreirten Kursmäklern mit besonderen Funktionen[30]) — für die Vermittelung von Rechtsgeschäften[31]) nur noch gewöhnliche und Handelsmäkler. Die letzteren sind innerlich mit den bisherigen sog. Privathandelsmäklern identisch, die jetzt im Allgemeinen an die Stelle der alten öffentlichen Handelsmäkler treten und schon im Börsengesetz (§ 34)

---

§ 59; Dernburg, Preuß. Privatrecht II § 190 Anm. 6; Staub, Komm. zum Handelsgesetzbuch, Zusatz zu Buch I u. A. Es bedarf zur Zeit keines Eingehens mehr auf diese Frage.

28) S. dazu Neubauer, Der nicht kaufmännische Maklervertrag in der Praxis, i. Arch. f. bürg. Recht Bd. 6 S. 1; Riesenfeld, Der Civilmäkler, i. d. Beiträgen z. Erläut. d. deutschen Rechts Bd. 36 S. 790, Bd. 37 S. 27, 257, 530, 814.

29) Daher nicht stets die Grundstücksmäkler. S. Burchard a. a. O. S. 236 ff.

30) Sie haben in Ansehung der Kursfeststellung eine öffentliche Funktion, sonst aber (also in Ansehung der Vermittelung von Geschäften) keine andere als die übrigen Handelsmäkler d. h. also in Zukunft ebenfalls eine lediglich private. Vgl. über die Börsenmäkler noch Weber i. Goldschmidt's Ztschr. Bd. 43 S. 156.

31) Für andere Verrichtungen kann auch weiterhin noch eine öffentliche Bestellung stattfinden. So (wie in der vorigen Anmerkung erwähnt) für die Feststellung der Börsenkurse, ferner unter Umständen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Handelsgesetzbuch zur Vornahme von gewissen Käufen und Verkäufen, oder landesrechtlich zur Vornahme gewisser Schätzungen oder zur Abgabe von Gutachten über den Marktpreis von Waaren u. dgl. S. Denkschr. z. Handelsgesetzbuch S. 81.

für die Vermittelung von Börsengeschäften an deren Stelle getreten waren. Sie sind kurzerhand[32]) zu definiren als Personen, welche gewerbsmäßig für Andere, ohne von ihnen ständig damit betraut zu sein, Geschäfte über Gegenstände des Handelsverkehrs vermitteln. Grundstücks- und Hypothekenmäkler gehören nicht zu den Handelsmäklern[33]); ja es finden die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs auf Mäklerverträge des Immobilien- und Hypothekenverkehrs nicht einmal dann Anwendung, wenn die Vermittelung durch einen Handelsmäkler erfolgt (§ 93 Abs. 2). Bei Vermittelungen dieser Art scheidet der Mäkler regelmäßig aus, sobald die zukünftigen Kontrahenten sich gefunden haben[34]). Die Vermittlerthätigkeit beschränkt sich hier usancemäßig auf den Nachweis der Gelegenheit zum Kontraktschluß im Sinne des § 652 BGB[35]). Mit der veränderten Stellung der Handelsmäkler hängt auch eine Abschwächung der früheren für die Sensale erlassenen öffentlichen und instruktionellen Vorschriften zusammen. Es sind deren im Wesentlichen nur vier übrig geblieben[36]): die

---

32) Ausführliche Aufzählung ihrer Vermittlerfunktionen in § 93 HGB. S. auch Cohn, Zur Revision des Handelsgesetzbuchs im Archiv f. bürg. Recht Bd. 12 S. 244.

33) Ebensowenig die sog. Gesindemäkler.

34) Vgl. Reuling, Provisionsansprüche der Grundstücksvermittler (1896) S. 12 u. Cohn a. a. O. Das Gutachten von Burchard (Verh. d. XXIV. deutschen Juristentags No. 18) befürwortet jedoch in vielfachen Beziehungen eine gesetzliche Herübernahme der handelsrechtlichen Bestimmungen auf die Rechtsverhältnisse der Grund- und Hypothekenmäkler.

35) Wogegen der Handelsmäkler (§ 93 HGB) im wahren (engeren) Sinne vermittelt. S. oben § 59 Anm. 27.

36) Aus dem alten Handelsgesetzbuch sind die Artt. 66, 68—70, 71 letzter Halbsatz, 75, aufgehoben. Artt. 76 u. 82 werden durch die allgemeinen Vorschriften des Bürg. Rechts ersetzt bezw. modifizirt und sind somit gleichfalls aufgehoben. Die in Art. 84 der Landesgesetzgebung überlassene Vorschrift ist beseitigt. Es werden neuerdings nur Zuwiderhandlungen gegen die Pflicht zur gehörigen Führung und Aufbewahrung des Tagebuchs, und zwar von Reichswegen

Handelsmäkler haben (sofern die Parteien es ihnen nicht erlassen haben oder der Ortsgebrauch mit Rücksicht auf die Gattung der Waare den Vermittler davon entbindet) unverzüglich nach dem Abschluß des Geschäftes jeder Partei eine von ihnen unterzeichnete Schlußnote zuzustellen, welche die Essentialien des Geschäftes enthält [37]) und sofern letzteres nicht sofort erfüllt werden soll der einen Partei eine Originalunterschrift der anderen über den Vertragsinhalt in die Hände gibt. Sie haben (unter Vorbehalt des gleichen Dispenses) von jeder durch ihre Vermittelung nach Probe verkauften Waare die übergebene Probe bis zur vorbehaltlosen Annahme der Waare oder sonstigen Erledigung des Geschäfts, gezeichnet, aufzubewahren. Dann haben sie ein Tagebuch zu führen, in welches die von ihnen vermittelten Geschäfte täglich, und zwar nach der Zeitfolge des Abschlusses und mit demselben Inhalt wie in der Schlußnote einzutragen sind, und den Eintrag zu unterzeichnen. Die Tagebücher sind nach Art der kaufmännischen Handelsbücher zu führen und vom Mäkler aufzubewahren. Den Parteien hat er jederzeit daraus auf Verlangen einen Auszug zu ertheilen, der von ihm unterzeichnet ist und die eingetragenen Essentialien des Geschäfts enthält. Uebrigens ist nach der Schlußvorschrift des Abschnitts (§ 104) auch die Zulassung von Handelsmäklern geringerer Gattung vorgesehen, auf welche — ähnlich wie auf Kleinkaufleute die Vorschriften über Firmen,

---

mit Geldstrafe bedroht. S. §§ 94—96, 100—103 der Handelsrechtsnovelle.

37) Was dazu gerechnet wird, ist im Gesetze angegeben (Parteien, Gegenstand und Bedingungen des Geschäfts). Bezüglich der Bedingungen ist zu bemerken, daß nur das unter den Parteien Konsentirte, nicht die Mittheilungen und Erklärungen der einen oder anderen Partei an den Mäkler, wenngleich der letztere denselben zustimmte, Vertragsbestandtheil werden. Ueber Kenntniß- und Annahme einer Schlußnote mit sonstigem Inhalt s. Dernburg, Preuß. Privatr. II § 190 Anm. 8 u. Cit.

Handelsbücher und Prokura — so hier diejenigen über Tagebücher, Auszüge und Schlußnoten keine Anwendung finden, so daß für derartige Vermittler von Waarengeschäften im Kleingewerbe[38]) lediglich die Vorschrift der Aufbewahrung einer Waarenprobe in den nach Obigem dazu geeigneten Fällen übrig bleibt.

Dagegen bleiben die civilistischen Unterschiede der Vermittlerthätigkeit und ihrer Folgen beim allgemeinen bürgerlichen und handelsrechtlichen Mäklervertrage auch nach der im Bürgerlichen Gesetzbuch erfolgten Kodifikation des ersteren und neuerlichen Umgestaltung des letzteren sehr erhebliche. Der erste schon hervorgehobene Unterschied bezieht sich auf die vertragsmäßige Thätigkeit des Mäklers, welche nach bürgerlichem Recht auf den bloßen Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages beschränkt sein kann[39]), während der Handelsmäkler, selbst der Krämermäkler, den Abschluß des Geschäftes selbst herbeizuführen hat. Der Inbegriff der letztgenannten Thätigkeit ist schon beim Agenturverhältniß hervorgehoben[40]). Der Begriff des Gelegenheitsnachweises für den Kommittenten zum Abschluß bedarf an dieser Stelle keiner näheren Erläuterung.

Danach ist hier nur noch die regelmäßige Stellung des Vermittlers zu den Parteien des Hauptgeschäftes klarzustellen. Von selbst versteht sich nach dem oben Ausgeführten, daß der Mäkler seinem Kommittenten nach allgemeinen Grundsätzen für ordnungsmäßige Erfüllung der Vermittlerpflichten haftet. Dazu gehört nicht nur sorgfältige Ausführung, sondern insbesondere auch Treue[41]), vor Allem

38) Die Denkschrift zur Handelsrechtsnovelle bezeichnet sie als „Krämermäkler".

39) S. § 652 BGB.

40) S. oben § 59 zu Note 25 ff.

41) Vgl. oben zu Note 8 ff. über den Grund dieser Verpflichtung,

Diskretion[42]) gegenüber den ihm vom Kommittenten anvertrauten Geschäftsgeheimnissen bezw. sonstigen sekreten Mittheilungen (über das Interesse am Abschluß u. dgl.). Die Verpflichtung zur Treue hat aber auch noch eine andere Seite, welche mit der prinzipiellen Stellung des Mäklers zur anderen Partei zusammenhängt, mit der er für den Auftraggeber das Geschäft vermittelt. Es handelt sich darum, ob der Mäkler auch von der anderen Partei einen Vermittelungsauftrag annehmen und die beiden Aufträge dann so ausführen darf, daß er die beiderseitigen Reflektanten einander wechselseitig zuführt. Dabei fragt sich in erster Linie, ob ein solches Verfahren mit den Kontraktspflichten des Mäklers gegen die beiden Kommittenten in Widerspruch steht, so daß der Mäkler dieserhalb wegen Pflichtwidrigkeit in Anspruch genommen werden kann (s. o.). Die Hauptbedeutung liegt aber in der Lohnfrage: nämlich ob der Mäkler von jedem der beiden Kommittenten vollen Lohn verlangen kann, oder ob nicht umgekehrt vielmehr in solchem Fall ein jeder Kommittent wider den Lohnanspruch des Mäklers eine Einrede hat. Im Allgemeinen wird nun der Mäkler nicht wie ein Agent im ausschließlichen Interesse einer Partei thätig[43]), sondern er steht als selbständiger, vom Publikum im Bedürfnißfalle zur Vermittelung angenommener Geschäftsmann uninteressirt und unparteiisch (als Dritter) zwischen allen Betheiligten,

deren absichtliche Verletzung durch dolose Benachtheiligung des Kommittenten das Strafgesetzbuch § 266 sogar mit öffentlicher Strafe bedroht. Im Uebrigen gelten die allgemeinen Grundsätze der Haftung wegen Verschuldens nach Civil- und Handelsrecht.

42) Art. 69 Ziff. 5 erwähnte ausdrücklich die Pflicht der Verschwiegenheit des Handelsmäklers. Die Vorschrift folgt nach dem Text aus allgemeinen Grundsätzen (der Pflicht sorgfältiger Ausführung der Mäklerthätigkeit) für alle Mäkler, und ist daher mit Recht gestrichen. S. auch Cohn i. Arch. f. bürg. Recht a. a. O. Bd. 12 S. 246.

43) S. auch Entsch. d. ROHG Bd. 10 N. 82.

welche sich zum Zwecke des Ausgleichs von Angebot und Nachfrage an ihn wenden und dazu seine Dienste in Anspruch nehmen. Seine Thätigkeit kommt somit ihrer Natur nach beiden Parteien zu Gute. Soll also der Mäkler regelmäßig nur vermitteln ohne Interessenvertretung der einen Partei gegen die andere, so kann er dies der Regel nach auch ohne die ihm obliegende Treueverpflichtung, Diskretion 2c. zu verletzen. Denn wenn auch bei dem Geschäftsabschluß die Interessen der Kontrahenten sich meist insofern entgegenstehen, als jede Partei so vortheilhaft wie möglich abzuschließen sucht, so haben sie doch Beide das gemeinsame Interesse am Zustandekommen des Vertrags, und diesem beiderseitigen Interesse kann der Mäkler in unendlich vielen Fällen dienen, ohne die dem einen Theil gegenüber übernommene Pflicht der Treue und konkreten Diligenz hintanzusetzen. Ob letzteres freilich nicht im Einzelfalle durch Annahme eines beiderseitigen Auftrags doch geschieht, hängt von den Umständen ab. Eine solche Verletzung kann insbesondere dann vorliegen, wenn die Unmöglichkeit besteht, die beiden Aufträge bona fide, im wohlverstandenen Interesse beider Auftraggeber auszuführen. Hier liegt eine kontraktwidrige Vertretung kollidirender Interessen durch den Mäkler vor, welche selbstverständlich, um als solche in Betracht zu kommen, den Kommittenten verschwiegen resp. nicht bekannt gewesen sein muß[44]). Das Bestehen eines solchen kollidirenden

44) Vgl. die allerdings in erster Linie für das Preußische Recht ergangenen aber einen allgemeingültigen Gesichtspunkt wiedergebenden Entscheidungen des RG v. 29. Jan. 1881 Bd. 4 S. 222 u. v. 7. März 1885 i. d. Jur. Wochenschr. h. a. S. 163. Aehnlich verschiedene ältere Erkenntnisse in Seuffert's Arch. Bd. 14 S. 380 (Darmstadt), Bd. 34 S. 296 (Ob.GH f. Baiern); in Goldschmidt's Ztschr. f. Handelsr. Bd. 8 S. 187 (HG Wiesbaden) u. Bd. 22 S. 268 (Entsch. d. Preuß. Ob.Trib. Berlin v. 22. Juni 1869). Hier wurde (für das gemeine u. französische Recht) das Verbot der gleichzeitigen Ver-

Interesses ist nach dem Obigen freilich vom Auftraggeber zu beweisen[45]). Denn da der Mäkler im Allgemeinen für beide Parteien thätig werden darf, muß die konkrete Pflichtverletzung von Demjenigen dargethan werden, welcher daraus zu seinen Gunsten eine Folgerung ableitet. So insbesondere, wenn der Kommittent mit der Behauptung, der Vermittler habe seinen Verpflichtungen zuwider die Interessen des Gegners vertreten, die Bezahlung des Mäklerlohns ablehnt. Ein Anderes enthält auch der § 654 BGB nicht. Denn die Möglichkeit, daß „der Mäkler dem Inhalt des Vertrags zuwider auch für den anderen Theil thätig gewesen ist", läßt sich, wenn man von einer (selbstverständlich wirksamen) ausdrücklichen Vereinbarung im Mäklervertrage absieht, nur unter den oben angegebenen Voraussetzungen konstatiren[46]).

---

tretung kollidirender Interessen bei der Vermittelung, als den guten Sitten widersprechend, gleichfalls angenommen, und im gegebenen Falle die Interessenkollision darin gefunden, daß der mit dem Verkauf gegen 1 Prozent Provision der Kaufsumme beauftragte Vermittler sich von einem bestimmten Kaufliebhaber gleichfalls dieselbe Provision hatte versprechen lassen, und daher um die Provision zweimal zu erhalten, das Interesse des Verkäufers, einen besseren Reflektanten aufzutreiben, außer Acht gelassen hatte. S. auch noch Entsch. d. ROHG Bd. 7 N. 23 S. 90; Bd. 9 N. 74 S. 240; Bd. 10 N. 82 S. 359. Dernburg, Preuß. Privatrecht II § 190 N. 21 u. Cit. A. M. mit Unrecht Burchard a. a. O. S. 287—289, der nur den Fall des Betrugs ausnehmen will.

45) S. auch Rocholl a. a. O. S. 92.

46) Auf die Ueberflüssigkeit des von der Reichstagskommission eingeschalteten § 654 BGB wurde schon bei Berathung der Bestimmung hingewiesen. S. den amtlichen Kommissionsbericht zum Allg. Theil u. Obl.R S. 93. In der That gibt es Fälle, in denen der Mäkler dem andern Theil nicht dienen kann, ohne dadurch seine ihm gegen die erste Partei obliegenden Vertragsverpflichtungen zu verletzen, z. B. wenn er sich der ersten Partei gegenüber verpflichtet hat, die andere zu einem dem ersten Auftraggeber günstigen Entschlusse zu bestimmen. Wenn umgekehrt der Mäkler nur dazu berufen ist, dem ersten Auftraggeber einen Gegenkontrahenten zu ermitteln, so ist mit dieser übernommenen Vertragspflicht durchaus vereinbar, wenn der Mäkler von einem Dritten einen gleichen Auf-

Handelt der Mäkler durch die Annahme eines doppelten Auftrages nicht pflichtwidrig[47]), so ist es eine andere Frage, ob er den Lohn für das vermittelte Geschäft nur einmal oder von jeder Partei besonders beanspruchen kann. Dem natürlichen Empfinden entspricht allein das erstere, da die Vermittlerthätigkeit der Regel nach eine und dieselbe bleibt, mag sie im Auftrag eines oder beider Kontrahenten des vermittelten Geschäftes vorgenommen werden. Diesem Gesichtspunkt wird im Handelsrecht durch die Bestimmung Rechnung getragen, daß hier der Mäkler schon an sich als Vermittler für beide Parteien angesehen wird; so daß er, wenn er sich in Ausführung eines ertheilten Vermittelungsauftrages an einen Dritten wendet und mit diesem das aufgetragene Geschäft zu Stande bringt, auch zu dem Dritten in ein Vertragsverhältniß wie mit seinem (ersten) Auftraggeber tritt. Diese Auffassung rechtfertigt sich im Handelsverkehre durch den Umstand, daß der Mäkler hier in den meisten Fällen beiden Parteien des beabsichtigten Geschäfts in gleicher Weise als Vermittler dient, demgegenüber es belanglos erscheint, wer sich zuerst an ihn gewendet hat. Die Folge der Bestimmung ist, daß der Mäkler beiden Parteien ex contractu für Verschulden haftet[48]) und

trag annimmt und die beiden Auftraggeber demnächst zusammenbringt.

47) Aus demselben Gesichtspunkt ist auch die Frage zu beantworten, ob sich ein Mäkler im Voraus mit anderen Mäklern zum gemeinschaftlichen Betrieb des Mäklergewerbes verbinden kann. Das in Art. 69 HGB enthaltene generelle Verbot ist beseitigt. Es kommt darauf an, ob der Mäkler durch eine derartige Verbindung im Einzelfalle seine Pflichten verletzt, insbesondere im Verein mit dem assoziirten Mäkler kollidirende Interessen vertritt. Z. B. beide Kontrahenten des zu vermittelnden Geschäfts, deren Interessen auseinandergehen, werden von zwei assoziirten Mäklern bedient, die dabei nur ihr gemeinschaftliches eigenes, nicht das Interesse ihrer Auftraggeber verfolgen. Vgl. Rocholl, Rechtsfälle II S. 94ff.

48) Also auf vollen Schadensersatz, — nicht blos nach den Grund-

in Ermangelung eines abweichenden Ortsgebrauchs von jeder Partei die Hälfte des Mäklerlohns verlangen kann (§§ 98, 99 HGB). Die Konstruktion dieses Verhältnisses ist nicht auf dem Wege eines gesetzlichen Eintritts des Dritten in den von dem ersten Kommittenten mit dem Mäkler geschlossenen Vertrag zu versuchen[49]). Denn einmal bleibt der erste Kommittent dem Mäkler gegenüber nach wie vor berechtigt und verpflichtet, und anderseits hat er niemals für den ganzen Mäklerlohn gehaftet; es ist also auch diese Verpflichtung nicht von ihm auf den anderen Kommittenten übergegangen. Entweder kommt nämlich das zur Vermittelung aufgegebene Geschäft zu Stande: dann haftet der erste Auftraggeber kraft Gesetzes nur auf die Hälfte des bedungenen Mäklerlohns; oder das Geschäft kommt nicht zu Stande: dann haftet (wie wir noch unten sehen werden) auch der erste Kommittent nicht auf Kourtage. Liegt vielmehr das Verhältniß so, daß regelmäßig ganz gleichgültig ist, wer sich zuerst von den Parteien an Mäkler wendet, weil dessen Bureau zu festen Sätzen Jedem offen steht, so ist die ganz einfache Lösung die, daß jede Partei selbständig mit dem Mäkler kontrahirt, die seine Dienste in Anspruch nimmt, sodaß sie dafür nach allgemeinen Grundsätzen den Lohn verschuldet, wenn die Thätigkeit des Mäklers den Abschluß eines Vertrags zur Folge hatte[50]). Es liegen also solchenfalls zwei Mäklerverträge mit selbständigem, wenn auch gleichartigem Inhalt vor, aus

---

sätzen der Haftung für unerlaubte Handlungen oder auf das sog. negative Vertragsinteresse.

49) Wie Rocholl a. a. O. S. 93 — von einer vermißten positiven Gesetzesvorschrift abgesehen — an sich für möglich erklärt. Der Mangel der positiven Vorschrift würde wenig stören (vgl. z. B. den auch ohne solche zu konstruirenden Eintritt in die Miethe nach §§ 571 ff.); aber die Konstruktion paßt im vorwürfigen Falle nicht.

50) Also in Anwendung der allgemeinen Vorschrift des § 354 HGB.

welchen nur mit Rücksicht darauf, daß die Vermittlerthätigkeit darin dieselbe war, der Mäklerlohn nur einmal, und zwar von beiden Schuldnern zur Hälfte gefordert werden kann[51]).

Im bürgerlichen Recht dagegen herrscht ein anderer Grundsatz. Hier wird der Mäkler regelmäßig nur als Vermittler für seinen speziellen Auftraggeber angesehen. Als solcher wird nicht schon Derjenige behandelt, welchem die Dienstleistungen des Mäklers zu Statten kommen, indem der Mäkler über das abzuschließende Geschäft mit ihm in Unterhandlung tritt, sondern nur Derjenige, der ihn besonders zur Vermittelung (bezw. zum Nachweis von Gelegenheit zu dem Kontraktschluß) auffordert[52]). Daher kann hier der Mäkler von seinem Kommittenten auch den ganzen bedungenen Mäklerlohn verlangen; von dem Dritten, mit welchem er blos unterhandelte, oder den er als zum Geschäftsschluß geeignet nachwies, regelmäßig Nichts (§ 652 BGB). Ihm haftet auch der Mäkler nur unter Umständen nach den Regeln der unerlaubten Handlungen bezw. für das negative Vertragsinteresse[53]). Dabei ist freilich nicht ausgeschlossen, daß der Mäkler Vermittelungsaufträge resp. Ersuchen zum Nachweis von Gelegenheit zu einem Kontraktschluß von mehreren Seiten annimmt und die verschiedenen Klienten wechselseitig durch seine Thätigkeit zusammenbringt. Verstößt er damit gegen seine übernommenen Vertrags-

---

51) Vgl. dazu Laband, Ztschr. f. deutsches Recht Bd. 20 S. 10 u. 29 ff. Desgl. in Goldschmidt's Ztschr. f. HR Bd. 10 S. 183 ff.; v. Hahn, Komm. z. Handelsgesetzbuch, Vorb. zu Art. 66 ff.; Tophoff i. d. Beitr. z. Erl. d. Deutschen Rechts Bd. 17 S. 497; Puchelt in Busch's Arch. f. HR Bd. 13 S. 428 ff.

52) S. auch Sintenis, Civilr. II § 118 zu N. 13. Entsch. d. OAG Dresden in Goldschmidt's Ztschr. f. HR Bd. 8 S. 195 u. d. Ob.Trib. Berlin v. 22. Okt. 1874 i. Seuff. Archiv Bd. 33 N. 124 S. 172.

53) Vgl. Dernburg, Preuß. Privatrecht II § 190 zu Note 10.

pflichten, so versteht sich von selbst, daß jeder Kommittent daraus gegen den Anspruch des Vermittlers auf den Mäklerlohn eine Einrede herleiten kann, so daß letzterer hier unter Umständen von keiner Seite geschuldet wird[54]) (§ 654 BGB). Im umgekehrten Falle steht kein Verbot entgegen, den Lohn nicht ganz von beiden Seiten beizutreiben[55]). Etwaige Bedenken werden überwunden durch die allgemeine Vorschrift des § 655, wonach bei Dienstvermittelungen[56]) ein unverhältnißmäßig hoher Mäklerlohn auf Antrag gerichtsseitig herabgesetzt werden kann, solange er noch nicht bezahlt ist. Darüber hinaus sind die Bedenken überhaupt nicht stichhaltig. Vielmehr war umgekehrt kapitalistischen Interessenten gegenüber, welche die Dienstleistungen der Mäkler in Anspruch nehmen, auch das berechtigte Interesse der letzteren zu berücksichtigen, welche in den gelingenden Geschäften billig einen Ausgleich für zahlreiche fruchtlose Bemühungen und Auslagen, die unvergütet bleiben[57]), finden müssen.

Die letztere Bemerkung leitet konsequent zu der Betrachtung über, wann der Mäklerlohn verdient ist. Im Allgemeinen läßt sich sagen, daß der vom Kommittenten beabsichtigte Vertrag in Folge des Gelegenheitsnachweises oder der Vermittelung des Mäklers zu

54) Wegen der Beweislast s. oben Note 45.

55) S. auch Burchard a. a. O. S. 288.

56) Diese Ausnahme ist in sozialpolitischem Interesse (für die arbeitenden Klassen) gemacht. Sie bezieht sich auf den Dienstvertrag im Sinne der §§ 611 ff. u. § 675 und geht daher sehr weit. Fällt doch auch jede geistige Thätigkeit wie körperliche Arbeit, wenn gegen Vergütung übernommen, in die Rubrik dieses Vertrages, also auch die der Lehrer, Erzieher, Hausgeistlichen, Schauspieler, Sänger u. dgl., denen gegenüber besonders häufig derartig übersetzte Ansprüche von Seiten der Stellenvermittler erhoben werden. — § 655 bezieht sich übrigens auch auf die Vermittelung durch Handelsmäkler.

57) Und welche jedenfalls zahlreicher sind, als diejenigen der Handelsmäkler.

Stande gekommen sein muß, damit von einer Erfüllung der Mäklerpflicht und demgemäß von einem Anspruch auf Vergütung die Rede sein kann (vgl. § 652 BGB, dessen Bestimmung hier auch für das Handelsrecht zutrifft). Ist das Geschäft nicht zu Stande gekommen, gleichviel aus welchem Grunde, so ist auch kein Mäklerlohn zu zahlen[58]). Ist es zu Stande gekommen, so fragt sich weiter, ob der Abschluß auf die Thätigkeit des Mäklers zurückzuführen ist. Dies trifft bei dem blos übernommenen Nachweis der Gelegenheit zu einem Kontraktschluß ohne Weiteres zu, wenn von der Gelegenheit Gebrauch gemacht wird. Aber auch wenn die vom Mäkler übernommene Leistung auf wirkliche Vermittelung ging, so folgt daraus noch nicht, daß der Mäkler nun unmittelbar das beabsichtigte Geschäft

58) Also selbst dann nicht, wenn das Hinderniß am Kommittenten selbst liegt, indem er den vorgeschlagenen Gegenkontrahenten nicht annehmen will oder sonst (z. B. durch Erhöhung der verlangten Gegenleistung) den Abschluß des Vertrags mit ihm verhindert. Das ist sein Recht. Vgl. auch die communis opinio der älteren Jurisprudenz, z. B. Windscheid, Pand. II § 404 Anm. 8; Laband i. d. Ztschr. f. Deutsches Recht Bd. 20 S. 29; Endemann, Handelsr. § 190 zu N. 22 ff.; Rocholl i. d. Beitr. zur Erl. des deutschen Rechts Bd. 20 S. 405; Dernburg, Preuß. Privatr. II § 190 N. 18 u. Cit. Entsch. d. ROHG Bd. 11 S. 200 u. d. RG v. 5. Mai 1893 bei Bolze, Praxis Bd. 16 N. 358. A. M. in theilweiser Herübernahme der Grundsätze der locatio conductio operis Kuhn, Zur Lehre vom Mäklergeschäft, i. Arch. f. prakt. RW N. F. Bd. 6 S. 235 ff., 238, 241. Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch hat aber zweifellos eine völlige Abgrenzung des Mäklervertrags vom Dienst- und Werkvertrag vollzogen und auch das Handelsrecht einen Anspruch des Mäklers auf eine sog. Auslieferungsprovision, also auf eine Vergütung der Mühewaltung für den Fall des Nichtzustandekommens des Geschäfts (wie bei der kaufmännischen Kommission) nicht anerkannt. Zustimmend auch Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch S. 40. — Selbstverständlich kann der Lohn zufolge besonderer Vertragsbestimmung auch für den Fall des Mißlingens der Vermittlerthätigkeit festgesetzt werden. Vgl. Fenner u. Mecke, Entsch. d. Ob.Trib. Bd. 5 S. 235.

zu Stande gebracht (beim Abschluß selber mitgewirkt) haben muß — insbesondere daß die Einigung der Parteien über die Vertragsbedingungen und der Erklärungsaustausch unter Mitwirkung des Mäklers erfolgt sein müsse. Sondern es genügt im Allgemeinen für den Kausalzusammenhang, wenn die Parteien durch die Thätigkeit des Mäklers zusammengefunden und bekannt geworden sind und daraufhin auch ohne weitere Benutzung seiner Dienste den Vertrag selbstthätig abschlossen haben[59]). Wollte man das leugnen, so würde der Mäkler oft gegen Recht und Billigkeit geschädigt. Dagegen ist der Zusammenhang zwischen der Vermittelungsthätigkeit des Mäklers und dem abgeschlossenen Geschäfte zu verneinen, wenn der Vermittler seinem Auftraggeber eine Person zuführt, die letzterer *schon kannte*. Und ebenso, wenn nach der Zuweisung oder Anbahnung des Geschäfts mit einer dem Auftraggeber bisher unbekannten Person die Verhandlungen sich demnächst *zerschlagen* haben, sodaß der Vermittelungsversuch als gescheitert angesehen werden muß. Auch wenn das fruchtlos angebahnte Geschäft dann späterhin durch neue direkte Verhandlungen der Parteien ohne Mitwirkung des Mäklers dennoch zu Stande kommt. Selbstredend ist hier jeder Fall der Arglist auszuschließen. Ist der Abbruch und die Neuanknüpfung der Verhandlungen zum Zwecke der Umgehung des Mäklers (also um ihm die Vergütung zu entziehen) erfolgt, so versteht sich von selbst, daß dieser Dolus keinen Erfolg haben kann, das Geschäft also vom Mäkler als vermittelt angesehen werden muß[60]).

---

59) Vgl. Entsch. d. ROHG Bd. 11 S. 199 u. d. RG Bd. 6 S. 187 ff. u. Cit. — Ueber den Fall, wenn dem Kommittenten nicht bekannt war, daß die Gegenpartei ihm vom Vermittler zugeführt wurde, s. u. § 64.

60) S. auch Entsch. d. ROHG Bd. 11 S. 198 u. d. RG vom 19. Mai 1893 i. d. Schlesw. Holstein. Anzeigen (Kiel) v. J. 1893 S. 193. Der Schlußpassus des Urtheils v. 22. Febr. 1882 (Entsch. Bd. 6 S. 189) hat selbstverständlich nicht den Sinn, die Relevanz des Dolus auszuschließen.

Ob eine solche Absicht vorliegt, ist ebenso Thatfrage, wie ob ein Scheitern des Vermittelungsversuchs, also ein völliger Abbruch der durch den Mäkler vermittelten Verhandlungen und spätere selbständige Wiederaufnahme derselben durch die Parteien anzunehmen ist. Die Frage ist nach der konkreten Sachlage unter Berücksichtigung der Umstände zu entscheiden. Ein solcher Abbruch der Beziehungen kann sogar stillschweigend erfolgen, indem die Parteien die Verhandlungen über das abzuschließende Geschäft so lange liegen lassen, daß daraus nothwendig auf ihren Willen, die Verhandlungen aufzugeben, geschlossen werden muß[61]). Nehmen sie dieselben danach ohne Einmischung des Mäklers selbstthätig wieder auf, so steht der Abschluß des Geschäfts mit der früheren Vermittlerthätigkeit des Mäklers nicht in Verbindung. Endlich fehlt der Kausalzusammenhang auch dann, wenn der Vertrag des Kommittenten mit dem Mäkler aus irgend einem Grunde vor Abschluß des angebahnten Geschäfts sein Ende findet[62]); vorausgesetzt daß nicht der Fall so liegt, daß die einander zugeführten Kontrahenten auf Grund der bisherigen Thätigkeit des Mäklers schon damals in der Lage und Willens waren, das Geschäft auch ohne Inanspruchnahme seiner weiteren Dienste abzuschließen. Dann hat nämlich der Mäkler schon vor Endigung seines Verhältnisses zum Kommittenten Alles gethan, was billigerweise von ihm zu verlangen war, und folglich die Vermittlergebühr in gleicher Art verdient, wie wenn die Parteien sich im Fortgang der Verhandlungen nicht weiter seiner Thätigkeit bedienen oder gar, um ihn zu umgehen, vor Ab-

61) Das ist von einem Rücktritt vom Mäklervertrage wohl zu unterscheiden. S. auch Rocholl, Rechtsfälle II S. 88. Auch hier ist selbstverständlich der Fall des dolus auszuschließen.

62) S. das in Anm. 60. cit. Urtheil d. RG v. 19. Mai 1893. — Vgl. auch Entsch. d. OAG Oldenburg bei Seuffert Bd. 30 S. 24 wegen thatsächlicher Nichterfüllung hinsichtlich besonders bedungener Maßnahmen des Mäklers.

schluß des Kontrakts ihre Beziehungen zu dem Vermittler abgebrochen haben[63]).

Dagegen hat der Mäkler nicht wie der Agent[64]) bei seinen Bemühungen die Solvenz bezw. die Kreditwürdigkeit des anderen Kontrahenten, mit dem er ein Geschäft zu Stande bringt, zu prüfen. Die gegentheilige Bestimmung beim Agenten beruht auf dessen Verpflichtung, das ausschließliche Interesse seines Auftraggebers wahrzunehmen, während der Mäkler unbetheiligt zwischen den Parteien steht und jedenfalls nicht ohne besonderen Grund die Interessen eines Theiles gegen den anderen zu vertreten hat. Daraus ergibt sich, daß der Mäkler zwar nach allgemeinen Grundsätzen für Verschulden haftet, wenn er dem Kommittenten die ihm bekannten Umstände nicht mittheilt, die diesen voraussichtlich von dem Vertragsschluß abgehalten haben würden[65]), oder wenn er einer besonders übernommenen Verpflichtung zur Erkundigung zuwiderhandelt[66]), endlich wenn er in Ansehung des Vertragsgegenstandes oder der Kreditwürdigkeit des anderen Kontrahenten leichtsinnig Versicherungen macht, welche der Wahrheit nicht entsprechen[67]), — aber abgesehen davon zu

63) Was die Beweislast angeht, so hat der Mäkler die von ihm aufgewendete Vermittlerthätigkeit — der Kommittent dagegen die besonderen Umstände darzuthun, auf Grund deren er eine Hinderung oder Unterbrechung des nach dem gegnerischen Vorbringen an sich vorhandenen Kausalzusammenhangs behauptet.

64) Vgl. § 88 HGB.

65) So insbesondere die Insolvenz des anderen Kontrahenten, dem nach dem Inhalt des abzuschließenden Vertrags Kredit gegeben werden soll. Aber auch andere Umstände, z. B. in Ansehung der Beschaffenheit der Waare. Vgl. Rocholl, Rechtsfälle II S. 96; Dernburg, Preuß. Privatr. II § 190 Anm. 12.

66) Die Uebernahme einer solchen Verpflichtung kann unter Umständen auch darin liegen, daß der Mäkler nach dem Inhalt des Vertrages das ausschließliche Interesse seines Kommittenten zu vertreten hat. Vgl. § 654 BGB.

67) In letzterer Beziehung war das römische Recht sehr lax.

Erkundigungen und Ermittelungen über die Chancen des Kontraktschlusses für die eine oder andere Partei nicht verpflichtet ist. Seine Bemühungen beschränken sich auf ordnungsmäßige Vermittelung und endigen mit dem Abschluß des vermittelten Geschäfts. Um dessen Ausführung (richtige Lieferung, Preiszahlung) hat sich der Mäkler nicht zu kümmern, und ist daher auch nicht befugt, für seinen Kommittenten Zahlung oder sonstige Leistung anzunehmen (vgl. § 97 HGB). Nur hat der Handelsmäkler, der nicht ein bloßer Krämermäkler ist, nach Abschluß des Geschäftes regelmäßig den Parteien noch die Schlußnoten zuzustellen. Ist dies geschehen, so ist auch sein Lohn verdient.

Bei dieser Sachlage und dem großen Vertrauen, das der Kommittent so häufig dem Mäkler schenken muß — eine Offenherzigkeit, der, wie wir sahen, in den meisten Fällen nicht einmal eine praktisch erzwingbare Verpflichtung zur Vertragserfüllung gegenübersteht — wird vielfach dem Auftraggeber ganz besonders daran liegen, sein Interesse an der nicht blos formalen, sondern auch wirthschaftlich erfolgreichen Vermittelung mit dem des Mäklers dadurch

Wurde die Verpflichtung des Mäklers hier nicht eigentlich als innerhalb der Rechtsordnung stehend angesehen (s. oben Anm. 3), und galt es als sordidum, den Mäklerlohn zu fordern (l. 3 Dig. de proxenet. 50, 14), so lag es nahe, den Parteien, die sich der Dienste eines Mäklers bedienten, anheimzugeben, ihren eigenen Augen mehr, als den Versicherungen des Mäklers zu trauen. Daher haftete der letztere nicht „tametsi laudet nomen“ (l. 2 Dig. eod.). Heutzutage ist die Mäklerei ein ehrsames Gewerbe geworden; der römische Gesichtspunkt nicht mehr maßgebend. Es ist wie bei jedem ehrlichen Geschäftsverkehr zwischen wirklichen Zusicherungen (vgl. z. B. § 459 Abs. 2 BGB) und allgemeinen Anpreisungen zu unterscheiden, welche ohne Prätention der Glaubwürdigkeit auftreten. Für letztere haftet der Mäkler auch heutzutage ebensowenig, wie ein anderer Gewerbtreibender; für erstere jedenfalls wenn culpa vorliegt. Vgl. auch Dernburg, Preuß. Privatr. II § 190 N. 12. Daher auch für einen Rath. Entsch. d. RG bei Bolze, Praxis Bd. 4 N. 646.

zu verketten, daß er den letzteren am Gewinn aus dem von ihm vermittelten Geschäft betheiligt. Dieser Entlohnungsmodus, der wie bemerkt von Provision am gegenständlichen Geschäftswerth wesentlich verschieden ist, gestaltet den Mäklervertrag zum partiarischen Verhältniß um, aus dem der Lohn bedingt, also nicht eher, und nur dann geschuldet wird, wenn das durch die Bemühungen des Mäklers zu Stande gekommene Geschäft dem Kommittenten thatsächlich Gewinn gebracht hat. Es wird also durch die partiarische Vereinbarung, welche den Mäklervertrag sowenig wie die gleichnamige Verabredung beim Agenturverhältniß zu einem Gesellschaftsvertrage umprägt, eine auf dem Parteiwillen beruhende Abweichung von der dispositiven Vorschrift des § 652 BGB herbeigeführt. Auf die dem Mäkler eventuell daneben zu ersetzenden Aufwendungen bezieht sich diese Regelung nicht[68]).

C. Kommission und Spedition.

§ 61.

Die dritte Gattung der im vorliegenden Abschnitt zusammengefaßten vermittelnden Geschäftsbesorgungen bilden der Kommissionshandel und die Spedition[1]). Es wird keiner Rechtfertigung bedürfen, wenn wir ihrer an dieser Stelle nur ganz kurz gedenken. Das neueste Recht hat in Betreff derselben verhältnißmäßig eine viel geringere Zahl

68) Ebensowenig auf den etwa dem Mäkler neben dem Gewinnantheil versprochenen festen Lohn. — Die Verpflichtung des Kommittenten zum Ersatz der Aufwendungen des Mäklers neben dem Lohn entspricht übrigens nicht der Regel. S. § 652 Abs. 2 BGB u. oben § 59 Note 24.

1) Vgl. vom Standpunkt des gemeinen Rechtes aus Treitschke, Kommissionshandel (1839) u. Wilda in Weiske's Rechtslexikon Bd. 2 S. 707. Vom Standpunkt des Handelsgesetzbuchs besonders Grünhut, Das Recht des Kommissionshandels (1879); v. Lepa in Goldschmidt's Ztschr. f. Handelsr. Bd. 26 S. 438 u. Lehre vom Selbsteintritt des Kommissionärs (1883).

von Aenderungen gebracht. Die Thätigkeit des Kommissionärs, der die des Spediteurs auf ihrem Felde vielfach entspricht[2]), unterscheidet sich von den bisher besprochenen Vermittelungsarten wesentlich dadurch, daß der Vermittler — der übrigens hier regelmäßig gewerbsmäßig handeln oder wenigstens ein Kaufmann sein muß[3]) — das von dem Kommittenten beabsichtigte Geschäft in eignem Namen schließt und nur dem Kommittenten in Rechnung stellt. Der Kommissionär leistet dem Kommittenten also nicht thatsächliche, sondern rechtliche Dienste: er schließt Rechtsgeschäfte für ihn ab; wenngleich (im Gegensatze zum Agenten) so, daß das Vermittelungsverhältniß und die Person des am Geschäftsschluß materiell interessirten Auftraggebers dem dritten Kontrahenten gegenüber rechtlich gar nicht hervortritt. Der Auftrag bleibt hier ein internes Verhältniß zwischen dem Kommittenten und Kommissionär: eine Stellvertretung wird durch ihn nicht begründet. Civilistisch kommen § 675 BGB und die dort bezogenen Bestimmungen (nicht §§ 164ff.) zur Anwendung. Doch reicht diese Regelung für die Bedürfnisse des Handelsverkehrs nicht aus, und ist daher für die bezeichneten Vermittelungen ein

2) Namentlich in der uns interessirenden Beziehung gelten für das Speditionsgeschäft kaum andere Grundsätze als für die Kommission. Mit Recht bezeichnet die Denkschrift zur Handelsrechtsnovelle S. 259 das Speditionsgeschäft als eine ihrer rechtlichen Natur nach auf gleicher Grundlage wie das Kommissionsgeschäft beruhende Geschäftsart, auf welche daher im Allgemeinen die für das letztere maßgebenden Vorschriften Anwendung finden. Es ist also die in manchen ausländischen Gesetzgebungen beliebte Assimilirung der Spedition mit dem Frachtgeschäfte abgelehnt. Wir werden der Spedition gelegentlich nur in den Noten Erwähnung thun, soweit dazu Bedürfniß vorliegt. Vgl. im Allgemeinen Grünhut, Kommissionshandel S. 524ff. u. in Endemann's Handbuch a. a. O. S. 269; Burchard, Das Recht der Spedition (1894). — Ueber das Frachtgeschäft s. oben § 37 zu Note 3—6, § 38 bei Note 6ff.

3) Vgl. §§ 383, 406, 407 HGB.

Spezialrecht geschaffen, welches sich in den Instituten des Kommissions- und Speditionsgeschäftes konzentrirt[4]). Kommissionär ist nach der Handelsrechtsnovelle, wer gewerbsmäßig in eigenem Namen den Kauf oder Verkauf von Waaren oder Werthpapieren für Rechnung eines Anderen (des Kommittenten) übernimmt[5]). Somit bildet die Grundlage des Kommissionsgeschäfts die Einkaufs- und Verkaufskommission wenn sie als selbständiges Gewerbe betrieben wird, ohne Rücksicht auf die Person des Kommittenten und die Zwecke seines Auftrags. Als Kauf ist dabei nach den für den Handelskauf im Allgemeinen geltenden Regeln auch die Lieferung einer nicht vertretbaren beweglichen Sache anzusehen, die aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoffe herzustellen ist[6]). Der Abschluß anderer Geschäfte in eignem Namen und für fremde Rechnung macht, auch wenn er gewerbsmäßig erfolgt, den Vermittler

---

4) Soweit nicht die betreffende Vermittelung dem Kreise eines anderen Rechtsgeschäfts (z. B. Banquiergeschäfte, Verlagsgeschäft) als unselbständiges Glied des letzteren angehört. Außerhalb des weiter im Text bezeichneten Rahmens des Kommissionshandels bezw. der Spedition behält ein ertheilter selbständiger und entgeltlicher Auftrag zu Geschäftsabschlüssen in eigenem Namen und für Rechnung des Auftraggebers mit Dritten den Charakter einer gewöhnlichen Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 BGB.

5) Die ehemalige, auf den zweifelhaften Begriff des „Abschlusses von Handelsgeschäften" in eigenem Namen und auf fremde Rechnung gestellte Definition ist aufgegeben. Sie war auch zu enge. Es kommt nicht darauf an, ob das Geschäft in der Person des Kommittenten ein Handelsgeschäft ist. Die Kommissionäre sind nicht mehr blos Hülfspersonen der Kaufleute, sondern des gesammten Publikums. S. auch Denkschr. S. 248. Diese allgemeine Vermittlerstellung rechtfertigt das erhöhte Interesse des Instituts auch für die von uns in erster Linie in's Auge gefaßte partiarische Gestaltung.

6) S. dazu oben § 39 und die Vorschrift der §§ 381 Abs. 2 und 406 Abs. 2 HGB. Auf die versprochene Herstellung vertretbarer Sachen in der bezeichneten Weise gegen Entgelt finden schon nach dem bürgerlichen Recht die Vorschriften des Kaufs Anwendung S. § 651 BGB.

noch nicht zum Kommissionär; vielmehr behält es in solchem Falle bei den gewöhnlichen Bestimmungen des Civilrechts (also insbesondere des § 675 BGB) sein Bewenden[7]). Doch unterliegen diese Geschäfte als *Hülfsgeschäfte im Handelsgewerbe eines Kommissionärs* ebenfalls den Regeln des Kommissionsgeschäfts. Und endlich finden die Normen des letzteren auch dann Anwendung, wenn ein *Kaufmann*, der nicht Kommissionär ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes irgend ein Geschäft in eignem Namen für Rechnung eines Anderen abzuschließen übernimmt[8]). Für den gesammten *Gütertransportverkehr* hat eine spezielle Regelung der kaufmännischen Kommission im sog. Speditionsgeschäfte (§§ 407 ff. HGB) stattgefunden. Von selbst versteht sich, daß das handelsrechtliche Sonderrecht auch nach der neuen Anordnung im allgemeinen bürgerlichen Recht (den Regeln der Geschäftsbesorgung) seine Ergänzung findet[9]).

Das Kommissionsgeschäft hat sowohl mit dem Agenturverhältniß als mit dem Mäklervertrag verschiedene Berüh-

7) S. oben Anm. 4.

8) Vgl. § 406 Abs. 1 BGB u. *Gierke*, Der Entwurf d. n. Handelsgesetzbuchs in Goldschmidt's Ztschr. f. HR Bd. 45 S. 84. — Dabei ist zu beachten, daß der Kaufmannsbegriff in der Handelsrechtsnovelle selbst erweitert ist, indem (außer der Land- und Forstwirthschaft) im Allgemeinen jedes Gewerbe, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, den Betreibenden zum Kaufmann macht, sobald die Firma des Unternehmers (wozu er nach den dafür geltenden Regeln verpflichtet ist) in das Handelsregister eingetragen worden ist. S. § 2 HGB. Auf diese Weise ist es möglich, daß Vermittelungen der verschiedensten Art, die in der hier vorausgesetzten Weise (also durch unmittelbaren Geschäftsabschluß des Vermittlers in eignem Namen und für Rechnung seines Kommittenten) im kaufmännischen Großbetrieb gewerbsmäßig stattfinden, den Unternehmer erst zum Kaufmann stempeln und seine Thätigkeit alsdann den Regeln des Kommissionsgeschäftes unterwerfen.

9) S. auch Denkschrift z. HGB S. 249; vgl. bisher Entsch. d. ROHG Bd. 16 S. 335 ff., 375.

rungspunkte. Was es von beiden unterscheidet, ist wesentlich der Umstand, daß der Kommissionär das zu vermittelnde Geschäft in eignem Namen abschließt, so daß der Kommittent dem Dritten gegenüber gar nicht berechtigt und verpflichtet wird. Letzteres folgt aus dem Geschäftsabschluß des Kommissionärs im eigenen Namen unmittelbar, und hat die Handelsrechtsnovelle daher mit Recht Abstand genommen, es noch besonders hervorzuheben. Dagegen wird sich die Möglichkeit des Zweifels, ob ein geschlossenes Rechtsgeschäft thatsächlich auf Rechnung eines Andern (als Kommittenten) gehe[10]), auch unter dem gegenwärtigen Rechtszustand fortpflanzen. Zur Orientirung läßt sich sagen, daß die Beredung einer Kommissionsgebühr bezw. Provision neben dem Preis der Waare selbst noch nicht entscheidend gegen das Vorliegen eines Propergeschäftes spricht, da mit dem letztern eine Kommission verbunden sein kann[11]), welche nur einen Inzidentpunkt jenes anderen Geschäftes bildet[12]). Untrüglich spricht beim Kaufe die Verabredung eines festen Preises, den der Interessent aus dem beabsichtigten Kaufgeschäft bekommen oder zahlen soll, für ein demnächstiges Proper-

10) Selbst das kann unter Umständen zweifelhaft sein, ob der Vermittler beim Geschäftsabschluß mit dem Dritten in eignem Namen oder im Namen seines Kommittenten gehandelt habe — ob also aus dem letzteren Grunde Kommission oder nicht ein anderes Geschäft vorliegt. Denn oftmals nennt auch der Kommissionär dem Dritten seinen Hintermann, obschon er nicht in dessen Namen kontrahirt. Es wird in erster Linie darauf ankommen, zu welcher Kategorie von berufsmäßigen Vermittlern der Abschließende gehört. Generelle Vermuthungen für die eine oder andere Geschäftsart sind in keinem Falle aufzustellen. Vgl. Grünhut in Endemann's HR III S. 168; Dernburg, Preuß. Privatr. II § 185 Anm. 8 u. Cit. Entsch. d. OLG Dresden in Goldschmidt's Ztschr. Bd. 40 S. 525.

11) Eine Vermittelungsthätigkeit, welche bei jedem Kauf im Handelsbetriebe unterlaufen kann und demgemäß besonders honorirt wird. Vgl. aus dem bisherigen Recht Entsch. d. ROHG Bd. 3 S. 44, Bd. 12 S. 122ff. u. d. RG Bd. 3 S. 109.

12) Vgl. oben Anm. 4.

geschäft des Mittelsmannes (er handelt auf sein Risiko), während der Umstand, daß der Mittelsmann demnächst Rechenschaft über das von ihm mit Dritten Uebereingekommene zu geben hat, ebenso nachdrücklich auf das Vorliegen eines Kommissionshandels hinweist[13]). In anderen Fällen ist auch hier auf die berufsmäßige Eigenschaft des Vermittlers (nach Maßgabe seines gesammten Geschäftsbetriebs) bezw. auf die usancemäßige Form der in concreto streitigen Vermittelung selbst zu sehen[14]). Jedenfalls hat der Kommittent den von ihm behaupteten Abschluß eines Geschäfts für seine Rechnung zu beweisen, was über die soeben bezeichneten Grenzen hinaus schwierig sein wird. Ist aber ein bestimmter Vermittelungsauftrag ertheilt und ein demselben entsprechendes Geschäft vom Kommissionär geschlossen, so wird der Kommittent das abgeschlossene Geschäft als für ihn abgeschlossen in Anspruch nehmen können, wenn der Kommissionär keine anderen dem Kommissionsauftrag entsprechenden Geschäfte zur Verfügung hat. Doch kann der Kommissionär den Gegenbeweis des Abschlusses für eigene Rechnung führen, wobei er dann eventuell für Nichtausführung der Kommission haftet. Auch steht ihm unter Umständen der Einwand frei, er habe das Geschäft für eigene Rechnung geschlossen, um dem Kommittenten gegenüber als Selbstkontrahent einzutreten (s. u.). Hat umgekehrt der Kommissionär mehrere dem Kommissionsauftrag entsprechende Geschäfte zur Verfügung, so kann er erklären, welches von diesen er für Rechnung des Kommit-

13) S. auch Entsch. d. RG v. 8. Okt. 1881 Bd. 5 S. 84 ff. u. Cit. Ferner Entsch. v. 13. Juni 1888 bei Bolze, Praxis Bd. 6 N. 497, wo aus dem Umstand, daß der Vermittler seinem Klienten schrieb, er hoffe einen niedrigeren Preis, als den vom dritten Verkäufer bis jetzt geforderten, zu erwirken (was nach dem Sinn des Schreibens dem Klienten zu Gute kommen sollte) mit Recht auf Kommission geschlossen wurde.

14) Vgl. Dernburg a. a. O. § 185 Note 6 u. 7 Cit.

tenten abgeschlossen habe, und wenn er die Wahl zwischen reeller Effektuirung des Kommissionsauftrags und Selbsteintritt hat, auch ob er für Rechnung des Kommittenten, oder für eigene Rechnung abgeschlossen habe, um dem Kommittenten als Selbstkontrahent zu liefern. Sache des Kommittenten ist es hier, dieser Erklärung gegenüber einen etwaigen anderen Sachverhalt darzuthun[15]).

Der Kommissionär steht nicht in einem dauernden Verhältniß zu einem bestimmten Auftraggeber, obschon er nicht selten eine feste von ihm bediente Kundschaft hat. Aehnelt er insofern mehr einem Mäkler, so ist er auf der anderen Seite doch nicht spezifischer Vermittler für beide Parteien. Dies bringt auch § 384 HGB[16]) deutlich zum Ausdruck, der in wesentlicher Uebereinstimmung mit dem in § 84 für den Handlungsagenten Vorgeschriebenen bestimmt, daß der Kommissionär verpflichtet ist, das übernommene Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuführen und dabei das Interesse seines Kommittenten wahrzunehmen und dessen Weisungen zu folgen[17]). Vom Standpunkt dieser Pflichten aus ist zu beurtheilen, ob der Kommissionär gleichzeitig mehrere Parteien bedienen kann. Prinzipiell hat er gleich dem Agenten das Interesse seines Auftraggebers wahrzunehmen, steht nur zu ihm in einer vertraglichen Beziehung, hat seiner Direktive nachzukommen und haftet ihm für culpa; im Gegensatz zum Handelsmäkler, der nur zu vermitteln hat, daher von beiden Theilen als beauftragt gilt und beiden für Verschulden haftet (§§ 98, 99). Auf der andern Seite besteht jedoch auch das Kommissionsverhältniß nur von Fall zu Fall, und muß sich diese lockere Verbindung des Kommissionärs mit seinem

15) Vgl. dazu Entsch. d. RG Bd. 6 S. 46, Bd. 18 S. 20.

16) Entsprechend beim Spediteur § 408 Abs. 1.

17) Vgl. dazu auch Entscheidungen d. ROHG Bd. 6 S. 312ff. u. d. RG Bd. 6 S. 49ff.

Auftraggeber auch bei Bestimmung seiner Pflichten fühlbar machen. Auch der Kommissionär stellt dem Publikum (also unzählig vielen Personen) seine Dienste zur Verfügung. Nur bestehen die Dienste nicht in thatsächlicher Vermittelung zwischen Angebot und Nachfrage, sondern im direkten Abschluß der in Auftrag gegebenen Geschäfte in eigenem Namen des Kommissionärs für Rechnung des Kommittenten. Es ist daher hier beiläufig auch nie die Frage aufzuwerfen, ob zwischen der Thätigkeit des Kommissionärs und dem vermittelten Geschäfte ein Kausalzusammenhang besteht[18]; die Frage kann nur sein, ob ein konkretes vom Kommissionär geschlossenes Geschäft für Rechnung des Kommittenten abgeschlossen ist[19]. Was nun die gleichzeitige Bedienung mehrerer Parteien durch einen und denselben Kommissionär angeht, so könnte man zunächst annehmen, daß die gleichzeitige Ausführung eines Auftrags von zwei Seiten dem Vermittler hier unmöglich sei, weil er das zu vermittelnde Geschäft im eignen Namen abschließt und mit sich selbst in eignem Namen für mehrere Auftraggeber schon aus formalem Grund nicht kontrahiren kann. Wird doch sogar der Selbstabschluß von Rechtsgeschäften eines Stellvertreters mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten vom Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 181) in engsten Grenzen gehalten. Indessen hat der Kommissionär in gewissen Fällen das Recht des Selbsteintritts in die ihm zur Vermittelung aufgegebenen Geschäfte (vgl. §§ 400—405 HGB) und kann alsdann die Aufträge verschiedener Kommittenten in der Weise ausführen, daß er das Angebot des Einen und die Nachfrage des Andern durch Eintritt in die beiderseitigen Offerten als Selbstkontrahent befriedigt[20].

18) Wie bei dem Mäkler. Vgl. § 60 nach Note 58. — Für den Fall einer Substitution in das Kommissionsverhältniß s. unten § 64.

19) S. oben bei Note 10—15.

20) Umgekehrt kann auch der Kommissionär von seinem Kommit-

Auch so kann er gleichzeitig mehreren Parteien dienen, daß er andere Personen vorschiebt, die scheinbar jeder selbständig für Rechnung eines anderen Interessenten handeln und ihrerseits mit ihm oder untereinander kontrahiren. Endlich kommt hier (wie auch bei Mäklern und Agenten) vor, daß mehrere Vermittler gleichen Schlages sich zum gemeinsamen Betriebe der Vermittelung dergestalt verbinden, daß sie sich wechselseitig ihre Kundschaft zuführen.

Für alle diese Fälle gilt nun einerseits, daß der Kommissionär den Weisungen seines Auftraggebers stattzugeben hat, die seitens zweier Kommittenten in jedem Augenblick als unvereinbar auseinandergehen können. Abgesehen davon ergab sich schon für den Agenten nicht schlechthin die Unmöglichkeit der doppelten Bedienung; und um so mehr muß diese Möglichkeit bei der hier vorliegenden (und insofern der Mäklerei ähnlicheren) Gelegenheitsvermittelung bestehen. Ließ sich schon dort die Grenze finden, innerhalb welcher die gleichzeitige Vermittelung für mehrere Kommittenten möglich ist, also keine nothwendige Pflichtverletzung des Vermittlers gegenüber den respektiven Auftraggebern in sich schließt, so muß ein Gleiches auch bei dem Kommissionsgewerbe zutreffen, um so mehr als hier das Publikum bezw. Jeder, der sich an einen solchen geschäftlichen Vermittler wendet, weiß oder wissen muß, daß dieser ihn für Angebot und Nachfrage in erster Linie aus seiner eigenen Kundschaft befriedigen wird. Der Interessent wendet sich eben hier bewußtermaßen an eine Centralstelle, wo Alles zusammenströmt und er deshalb auch für das eigene Bedürfniß am

tenten nach § 384 Abs. 3 HGB unter Umständen als Selbstkontrahent auf Erfüllung in Anspruch genommen werden und kann dann mit Mitteln erfüllen, die er sich durch Selbsteintritt in die Geschäfte anderer Kommittenten verschafft. Doch hat der Kommittent in dieser Hinsicht freie Wahl und braucht also die Selbsteintrittspflicht des Kommissionärs nicht in Anspruch zu nehmen, wenn ihm dies nicht vortheilhaft erscheint.

ersten Befriedigung erhofft. Der Kommissionär, welcher sich diesen Ausgleichsbestrebungen dienstbar macht, handelt also dadurch allein nichts weniger als pflichtwidrig, daß er die eingegangenen Nachfragen aus den Angeboten seiner Kundschaft und umgekehrt befriedigt; er braucht deshalb nicht eine dieser beiden Kommissionen niederzulegen (§ 627 BGB) und kann von beiden Kommittenten seinen Lohn fordern[21]). Worauf es ankommt, ist vielmehr, ob in concreto die gleichzeitige Besorgung der Geschäfte beider Kommittenten sich mit der Wahrnehmung der Interessen eines jeden Einzelnen von ihnen, zu welcher der Kommissionär verpflichtet ist, verträgt. Das ist nach dem Gesagten hier (trotz gleicher Fassung der gesetzlichen Bestimmungen) in weiterem Umfange der Fall als beim Agenten, weil die Frage nach der Kollision der mehreren Aufträge eine Thatfrage ist und der Auftraggeber von dem Kommissionär eine andere Art der Bedienung wie von einem Agenten erwartet[22]). Auch daraus ergibt sich eine größere Freiheit des ersteren, daß er in das zum Abschluß aufgegebene Geschäft nicht selten selbst für eigene Rechnung als Gegenkontrahent des Kommittenten eintreten, also das einzukaufende Gut selbst als Verkäufer liefern, das zu verkaufende als Käufer übernehmen kann (§§ 400 ff. HGB). Es wird dies jetzt ganz scharf und deutlich als eine Art der Ausführung der Kommission bezeichnet[23]). Kann sich der Kom-

21) Vgl. Grünhut in Endemann's Handb. f. HR Bd. III S. 213.

22) Häufig entscheidet auch hier wiederum die Oeffentlichkeit oder Heimlichkeit des Vorgangs. Die heimliche Zusammenbringung mehrerer Auftraggeber kann eine Pflichtverletzung des Vermittlers involviren, während die offene vielleicht als etwas ganz Natürliches erscheint. Vgl. auch Entsch. d. RG Bd. 4 S. 222.

23) Vgl. § 400 HGB: Die Kommission zum Einkauf oder zum Verkaufe von Waaren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, sowie von Werthpapieren, bei denen ein Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird, kann, wenn der Kommittent nicht ein An-

missionär hiernach gegebenenfalls sogar mit dem Dritten (als Gegenkontrahent des Auftraggebers) identifiziren[24]), so folgt von selbst, daß er im gleichen Falle unbedenklich auch das minus, also den Vermittler für zwei verschiedene Auftraggeber machen kann, soweit dies nach dem oben Gesagten an sich möglich ist[25]). Die materielle Zulässigkeit (Ausschluß von Interessenkollision) muß als vorhanden angenommen werden, soweit das Gesetz dem Kommissionär den Selbsteintritt gestattet — obschon auch hier Mißbräuche durchaus nicht selten sind. Dieselben haben neuerdings zu einer genaueren Umgrenzung des Selbsteintrittsrechts des Kommissionärs und zu einer Verschärfung seiner Pflichten bei Ausübung der Befugniß Veranlassung gegeben[26]). Für Kommissionen an Banquiers und andere Vollkaufleute zum An- und Verkaufe von Werthpapieren und den mit der Verwaltung anver-

---

deres bestimmt hat, von dem Kommissionär *dadurch ausgeführt werden*, daß er das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer liefert oder das Gut, welches er verkaufen soll, selbst als Käufer übernimmt. — Daraus erklärt sich auch der § 404, wonach der Kommissionär beim Selbsteintritt in das Geschäft nicht nur den gewöhnlichen Provisionsanspruch, sondern auch das Recht hat, sich wie jeder Kommissionär nach pfandrechtlichen Grundsätzen aus dem Kommissionsgut zu befriedigen.

24) Beim *Spediteur* gilt Aehnliches, indem derselbe mangels anderweitiger Verabredung befugt ist, die Beförderung des Gutes selbst auszuführen. Dann hat er zugleich die Rechte und Pflichten eines Frachtführers ꝛc. und kann doch aus der Spedition seine gewöhnlichen Ansprüche erheben (§ 412 HGB). Eine Besonderheit auf Grund der Parteivereinbarung enthält § 413 Abs. 1.

25) S. auch Entsch. d. ROHG Bd. 7 S. 90.

26) Zunächst wurde der Art. 376 des ehemaligen Handelsgesetzbuchs durch die §§ 70—74 des Börsengesetz v. 22. Juni 1896 ersetzt. Deren Bestimmungen sind jetzt ziemlich unverändert in §§ 400 ff. der Handelsrechtsnovelle übernommen. (Die Interessenverletzung des Kommittenten kam hier, trotz amtlich festgestellten Markt- und Börsenpreises, sowohl durch Ertheilung falscher Rathschläge, als durch die Manipulationen des sog. Schneidens am Kurse und des Spekulirens auf dem Rücken des Kommittenten vor.)

trauter Fonds verbundenen Dispositionen kommen neben den Bestimmungen der Handelsrechtsnovelle noch die Vorschriften des sog. Reichsdepotgesetzes[27]) zur Anwendung.

Sonach wird man in Summa wie beim Mäkler sagen müssen, daß der Kommissionär nicht pflichtwidrig kollidirende Interessen vertreten darf. Gleichgültig ist, ob er das Gegentheil allein thut, oder so, daß er sich insgeheim mit anderen Kommissionären oder sonstigen Zwischenleuten verbindet und im Verein mit diesen seine Kommittenten übervortheilt. Diese wie andere Pflichtwidrigkeiten geben dem Kommittenten ein Recht auf Schadensersatz gegen den Kommissionär. Ist das zur Vermittelung aufgegebene Geschäft von letzterem überhaupt vertragswidrig ausgeführt: also so, daß es seinen Zweck verfehlt oder die Art der Ausführung dem Kommittenten jedes Interesse an demselben raubt, so kann dieser es als Kommissionsausführung zurückweisen, braucht also das Geschäft nicht für seine Rechnung gelten zu lassen (§ 385 Abs. 1 HGB)[28]). Daraus folgt selbstverständlich auch das Recht, die Kommissionsvergütung einzuhalten. Wann eine solche Pflichtwidrigkeit vorliegt, ist Thatfrage. Doch hat das Handelsgesetzbuch (§ 385 Abs. 2) dem Kommissionär ausdrücklich die Befugniß vorbehalten, von den Weisungen des Kommittenten

27) Gesetz betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Werthpapiere v. 5. Juli 1896 §§ 3 ff.

28) Die Fassung dieser Vorschrift ist, wie die des ehemaligen Art. 362 HGB durch übergroße Kürze etwas undeutlich. Vgl. dazu Entsch. d. ROHG v. 24. Mai 1876 Bd. 20 S. 323 u. Grünhut, Kommissionshandel S. 161 ff. Nicht jedes vertragswidrige Verhalten des Kommissionärs berechtigt den Kommittenten zum Rücktritt von dem Kommissionsvertrage, sondern gibt (vom weiteren Vorbehalt des Textes abgesehen) nur ein Recht auf Schadensersatz. Ablehnung des Geschäftes ist nur möglich, wenn letzteres sich von vornherein gar nicht als Vertragsausführung darstellt, oder ex capite indemnitatis, wenn es durch die Art der Ausführung gar keinen Werth für den Kommittenten hat.

unter denselben Voraussetzungen wie ein gewöhnlicher Geschäftsbesorger abzugehen: also wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Auftraggeber bei Kenntniß der Sachlage die Abweichung billigen würde (§ 665 BGB). Vor der Abweichung ist, sofern nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, dem Kommittenten Anzeige zu machen und dessen Entschließung abzuwarten[29]). Wenn dann bestimmt ist, daß der Kommissionär dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten — also über seine Thätigkeit bezw. den allgemeinen Stand der Kommission — zu geben und insbesondere von der Ausführung der letzteren unverzüglich Anzeige zu machen, auch weiterhin dem Kommittenten Rechenschaft über das abgeschlossene Geschäft abzulegen und Alles herauszugeben hat, was er aus der Geschäftsbesorgung einnahm oder sonst erlangte (§ 384 Abs. 2 HGB), so enthält diese Vorschrift Nichts, was nicht schon aus allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts über die Geschäftsbesorgung abzuleiten wäre (siehe §§ 665—668 BGB). Es ist nur zur Verdeutlichung hervorgehoben. Daß zu dem aus der Kommissionsausführung Erlangten und dem Kommittenten Herauszugebenden nicht die von dem Gegenkontrahenten erlaubter Weise eingenommene Provision gehört, ist hier nur anzudeuten[30]). Im Uebrigen sind Spezialvorschriften gegeben für den Fall wenn der Verkaufs- oder Einkaufskommissionär die von dem Kommittenten bestimmte Preisgrenze nicht einhält. Unter Beseitigung der ehemaligen Unterscheidung zwischen Verkaufs- und Einkaufskommission wird in dieser Beziehung jetzt bestimmt[31]), daß der Kommittent den Kauf oder Verkauf dann nicht als Kommissionsausführung ab-

29) S. oben § 41.

30) Eine nähere Ausführung dieses Punkts wird unten (§ 72) stattfinden.

31) § 386 HGB.

lehnen kann, wenn sich der Kommissionär zugleich mit der Anzeige von der Ausführung des Geschäfts zur Deckung des Preisunterschieds erbietet[32]). Aber auch wenn das nicht geschieht (ein Deckungsangebot nicht vorliegt), muß Kommittent, sofern er das Geschäft als nicht für seine Rechnung abgeschlossen zurückweisen will, dies unverzüglich auf die Anzeige von der erfolgten Kommissionsausführung hin erklären, widrigenfalls die Abweichung von der Preisbestimmung als genehmigt gilt. Wird das Limitum zu Gunsten des Kommittenten überschritten oder nicht erreicht, oder in anderer Art zu vortheilhafteren Bedingungen abgeschlossen, als sie der Kommittent gesetzt hatte, so fällt dem letzteren aller Vortheil zu[33]). Im Anschluß daran wird die Rechtsstellung des Kommissionärs gegenüber dem empfangenen Kommissionsgute geregelt[34]), wonach derselbe auch als der berufene Wahrer der Interessen des Kommittenten gegenüber den Transportpersonen anzusehen ist, wenn das Gut in einem erkennbar beschädigten oder mangelhaften Zustand ankommt, wobei er nöthigenfalls sogar zu dem Verkauf des Guts unter den gewöhnlichen Vorsichtsmaßregeln legitimirt wird. Das letztere Recht und die Befugniß zur Hinterlegung des Kommissionsguts hat er auch beim Annahmeverzug des Kommittenten[35]). Ist eine Kom-

32) Der Anspruch des Kommittenten auf Ersatz seines etwaigen höheren, den Preisunterschied übersteigenden Schadens bleibt auch in diesem Falle unberührt.

33) § 387 HGB. In diesem Sinne bestimmt § 413 im Fall der Spedition, daß, wenn der Spediteur in Folge der Vereinigung der ihm von verschiedenen Auftraggebern zugegangenen Güter zu einer Sammelladung günstigere Frachtsätze erzielt, der Vortheil in bestimmtem Umfang auch den Kommittenten zu Gute kommen soll.

34) §§ 388 ff. HGB. S. auch die Denkschrift S. 252 ff.

35) Diese Bestimmung des § 389 ist neu und sicher ebenso gerechtfertigt, wie die gleich folgende des § 391 über die Untersuchungs- und Rügepflicht des Kommittenten bei der Einkaufskommission, wenn letztere sowohl für diesen als den Kommissionär ein Handelsgeschäft ist.

mission zum Einkaufe von Waaren ertheilt, welche für beide Theile ein Handelsgeschäft bildet, so hat der Kommittent ein Recht der Rüge und Beanstandung des vom Kommissionär gelieferten Guts nur unter den Voraussetzungen des Handelskaufs (also der sofortigen Untersuchung der Waare nach der Ankunft und Absendung der Mängelanzeige). Sonst gilt die Waare als genehmigt, sofern es sich nicht um bei der Untersuchung nicht sofort erkennbare Mängel handelt — den Fall des Dolus ausgenommen[36]). Auch sind dem Kommittenten hier die anderen Verpflichtungen des Käufers in gleicher Lage (zur Aufbewahrung des beanstandeten Guts sowie zum Selbsthülfeverkauf bei drohendem Verderb desselben) auferlegt. Daß der Kommissionär das Gut, solange es in seiner Verwahrung ist, vor Verlust und Beschädigung zu hüten hat, folgt aus der allgemeinen Pflicht zur Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns bei seinen Verrichtungen. Zur Versicherung des Kommissionsguts ist er aber mangels besonderer Anweisung nicht verpflichtet. Dem dritten Kontrahenten kann er nur auf eigene Gefahr Kredit geben, außer wenn ihn der Kommittent oder ein Handelsbrauch am Orte des Geschäfts dazu berechtigt[37]). Sonst aber steht der Kommissionär nicht für Erfüllung des Geschäftes durch den Dritten ein, mit welchem er für Rechnung des Kommittenten abschloß, sofern er solches nicht besonders übernahm oder dies am Orte seiner Niederlassung Brauch ist[38]). Vielmehr hat er im Uebrigen die Kreditwürdigkeit

36) Auch der Anspruch des Kommittenten auf Abtretung der Rechte des Kommissionärs gegen den Dritten, von welchem er das Gut für Rechnung des Kommittenten kaufte, wird durch die verspätete Mängelrüge nicht berührt (§ 391 i. f.)

37) Vgl. §§ 390, 393 HGB. Vorschüsse gibt er stets auf seine Gefahr, sofern ihn nicht der Kommittent zur Vorschußleistung ermächtigt hat. — Wegen der Indossirung von Wechseln s. § 395.

38) S. § 394 HGB. Für das letztere, das sog. Delkredere-stehen

des dritten Kontrahenten nur soweit zu prüfen, als dies der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns bei Ausführung der Kommission entspricht[39]). Daneben hat er jedenfalls auch in der vorliegenden Beziehung dem Kommittenten „die erforderlichen Nachrichten" zu geben, also Alles, was er über die Solvenz der Abnehmer der Waare oder sonstigen Leistungen in Erfahrung bringt, dem Kommittenten mitzutheilen (§ 384).

Die Provision des Kommissionärs (sein Lohn) ist nach der Regel des § 396 HGB erst dann verdient, wenn das Geschäft, um dessen Vermittelung es sich handelt, zur *Ausführung* gekommen ist. Also auch in dieser Beziehung ist aus der Pflicht des Kommissionärs zur Interessenvertretung seines Kommittenten die entsprechende Konsequenz gezogen. Die Anlehnung erfolgt danach an die Bestimmungen über den Lohnanspruch des Agenten, nicht des Handelsmäklers[40]). Doch hat der Kommissionär, wenn

---

des Kommissionärs kann er eine besondere Vergütung (Delkredereprovision) verlangen. In der Ausbedingung dieser Provision liegt jedenfalls die Uebernahme des Delkredere; nicht aber unbedingt im Ausschluß dieser Vergütung auch die Ablehnung des Einstehens für den Dritten, wenn es sonst ortsüblich ist. S. auch Entsch. d. RG Bd. 20 S. 112. Aus dem Delkredere folgt die unmittelbare persönliche Haftung des Kommissionärs für die Erfüllung, wie sie aus dem Vertragsverhältniß mit dem Dritten verlangt werden kann, gegenüber dem Kommittenten (§ 394 Abs. 2). Also wie wenn der Kommissionär die Leistung des Dritten eingezogen hätte. Das Delkredere ist weder Bürgschaft noch eine eigentliche Versicherung, sondern *eine Erweiterung des Umfangs der Geschäftsbesorgung* und demgemäß der Haftung des Gestor. S. auch *Dernburg*, Preuß. Privatr. II § 186 Anm. 16.

39) Für einen Rath, welchen der Kommissionär gibt, haftet er nach gleichen Grundsätzen. S. Entsch. d. RG Bd. 19 N. 19 S. 101; Bd. 20 N. 42, bes. S. 193 ff. Umgekehrt können die Weisungen des Kommittenten abschwächend wirken.

40) S. oben § 59. Aehnlich dem dort Anm. 21 Gesagten, ist übrigens bestimmt, daß der Kommissionär die Provision dann fordern kann, wenn die Ausführung des von ihm abgeschlossenen Geschäfts

das Geschäft nicht zur Ausführung gekommen ist, einen Anspruch auf sog. Auslieferungsprovision, falls letztere ortsüblich ist[41]). Hierauf ist ebensowenig einzugehen wie auf die Frage, was zur Ausführung gehört. Beide Punkte stehen mit der partiarischen Gestaltung des Kommissionsvertrags nicht in Verbindung. Gewöhnliche Provision und Auslieferungsprovision bestehen der Regel nach zwar in Prozenten vom Werthe oder Preise des Geschäfts und seines Gegenstandes, aber nicht vom Geschäftsgewinn. Nur die Verabredung, daß der Kommissionär an letzterem betheiligt werden soll, macht aus der Kommission ein partiarisches Verhältniß. Diese Verabredung empfiehlt sich, um durch die Lockung eines höheren Verdienstes den Kommissionär, wie wir dies auch schon beim Agenten und Mäkler gesehen haben, zu erhöhten Anstrengungen anzuspornen, während der Kommittent das Risiko eines so unverhältnißmäßig hohen Lohns nur dann tragen will, wenn er auch selbst an dem Geschäft entsprechend verdient. Letzteres geschieht dadurch, daß er den Lohn bedingt verspricht d. h. vom günstigen Erfolge des Geschäftes für ihn abhängig macht und nach der Höhe des Erfolges abstuft. Es ist daher vor einer Lohnzahlung erst dieser Erfolg selbst abzuwarten, und in Ermangelung seines Eintritts gar nichts geschuldet. Aufwendungen kann der Kommissionär nach denselben Grundsätzen wie jeder Geschäftsbesorger ersetzt

nur aus einem in der Person des Kommittenten liegenden Grunde unterblieben ist. § 396 Abs. 1 i. f. — Vor dem Abschluß kann der Kommittent die Kommission beliebig widerrufen, und hat der Kommissionär in diesem Falle keinen Lohnanspruch, sondern nur ein Recht auf Ersatz seiner schon gemachten Aufwendungen. Der Widerruf in diesem Stadium ist ein Recht des Kommittenten, geradeso wie gegenüber einem Mäkler. Vgl. oben § 60 Note 58 u. das Gutachten der Handelskammern der Hansestädte zum Entwurf des Handelsgesetzbuchs S. 41.

41) Entscheidend ist der Ortsgebrauch der Handelsniederlassung des Kommissionärs. Vgl. Entsch. d. RG Bd. 17 S. 31.

verlangen[42]) (§ 396 Abs. 2 HGB). Daß dies mit der partiarischen Gestaltung des Kontrakts vereinbart ist, ward schon erwähnt.

D. Verwahrungsgeschäfte.

§ 62.

Minder häufig als bei den vermittelnden Geschäftsbesorgungen, wird eine partiarische Gestaltung bei den verschiedenen Verwahrungsgeschäften vorkommen; aber möglich ist sie heutzutage ebenfalls, nachdem das depositum nicht mehr wie im römischen Rechte unentgeltlich ist[1]). Es ist daher auf die in Betracht kommenden Spielarten dieser Geschäftsgruppe wenigstens mit einigen Worten hinzuweisen.

Gegenstand der Verwahrungsverträge sind ausschließlich bewegliche Sachen (§ 688 BGB). Die Hütung von Immobilien ist entweder eine vollständige Verwaltung (wie sie in der Regel auch mit der Sequestration von Immobilien verbunden ist) oder, wenn auch dem Hüter derartige Befugnisse nicht eingeräumt sind, immerhin eine besonders geartete Thätigkeit, die sich von der Dienstmiethe — bezw. wenn sie unentgeltlich übernommen wurde, dem Auftrag — nicht füglich absondern läßt. Sie fällt insofern in das Gebiet unserer bisherigen Ausführungen. Dagegen ist die Sequestration beweglicher Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch einfache Verwahrung[2]). Der Umstand, daß die

42) Vgl. oben § 49 Anm. 1. Zur Vermeidung von Zweifeln wird hervorgehoben, daß zu den Aufwendungen, deren Ersatz verlangt werden kann, auch die Benutzung der Lagerräume und Beförderungsmittel des Kommissionärs gehört. Ob auch für die Arbeit seiner Leute, ist Thatfrage. S. auch die Denkschrift zur Handelsrechtsnovelle S. 256.

1) Vgl. l. 1 § 8 u. 9 Dig. depositi (16, 3). Dernburg, Pandekten II § 92 N. 5.

2) Sofern nicht ebenfalls dem Verwahrer Verwaltungsbefugnisse an der hinterlegten Sache eingeräumt werden. Dann liegt auch hier Dienstmiethe oder Auftrag vor.

Uebergabe zur Aufbewahrung von Mehreren und mit der Maßgabe erfolgt, daß die Herausgabe demnächst nur an Einen unter ihnen erfolgen soll, dessen Person durch einen zukünftigen ungewissen Umstand — hier insbesondere das Obsiegen in einem Rechtsstreit — bezeichnet wird, während die verwahrte Sache bis dahin der Verfügung der Betheiligten entrückt sein soll, ändert den wesentlichen Charakter des Vertrages nicht[3]). Von der dadurch bedingten geringfügigen Modifikation abgesehen, bleiben die Regeln des Verwahrungsvertrages auch in diesem Falle unverändert maßgebend[4]).

Die von dem Uebernehmer der Sache geschuldete Thätigkeit besteht im Verwahren: in der Obhut über die Sache (custodia). Was darunter zu verstehen ist, sollte nicht zweifelhaft sein. Seit langem debattirt man über den Begriff der sog. culpa in custodiendo, wobei auch genügende Gelegenheit vorhanden war, den Sinn des custodire festzustellen. Anderseits haftet Derjenige, welcher vertraglich eine Sache in seine Obhut genommen hat, keineswegs für jede culpa. Die übernommene bloße Verwahrung steht unter laxeren Grundsätzen, als manche anderen Besorgungen, deren Inhalt incidenter von Seiten der Partei auch auf ein Verwahren gerichtet sein kann. Bei letzteren ist die herrschende Ansicht mit Recht dazu gelangt, die spezifische aus

3) Wegen des Besitzes und Besitzschutzes des Sequesters besteht nach dem System des Bürgerlichen Gesetzbuchs ebenfalls keine Besonderheit mehr.

4) Uebrigens kann eine Sequestration auch zwangsweise durch das Gericht angeordnet werden. Es gilt dann wesentlich dasselbe, wenngleich der Richter hier nicht als Vertreter der Parteien anzusehen ist. Der Obsiegende oder sonst nach Lage der Sache definitiv Berechtigte ist also Derjenige, welcher demnächst Herausgabe und Rechenschaft von dem Verwahrer verlangen kann. Für uns kommt dieser Fall nicht in Betracht.

dem Vertrage folgende Haftpflicht des Schuldners für die Leistung auch auf das custodire zu erstrecken, das einen Inzidentpunkt dieser Leistung bildet, z. B. die Haftung des Verkäufers einer Sache für das Verwahren derselben bis zu deren Uebergabe — des Werkmeisters für den ihm vom Besteller übergebenen Stoff u. dgl. Dagegen ist die Thätigkeit des Aufbewahrens selbst hier kaum eine andere, wie wenn sie allein vertragsmäßig übernommen ist, sofern nicht im Vertrag, was allerdings auch möglich, die Art der Aufbewahrung näher bezeichnet, also besondere Vorschriften dafür gegeben sind. Eine solche lex contractus ist selbstredend in erster Linie zu befolgen und entbindet den Verwahrer von weiteren Untersuchungen über die Zweckmäßigkeit der ausbedungenen Verwahrungsart. Hier kann der Hinterlegende sogar keine Aenderung verlangen, vielmehr im schlimmsten Falle nur die hinterlegte Sache zurücknehmen (§ 695). Dagegen ist der Verwahrer seinerseits wie jeder Geschäftsbesorger (vgl. § 665) auch in diesem Falle berechtigt, die vereinbarte Verwahrungsart zu ändern, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß dies im wohlverstandenen Interesse des Deponenten ist, — daß letzterer also bei richtiger Kenntniß der Sachlage die Aenderung billigen würde. Jedoch muß der Verwahrer hier, wie in dem vorbildlichen Falle, bei Vermeidung der Verantwortlichkeit vor der erfolgten Aenderung dem Hinterleger Anzeige machen und dessen Entschließung abwarten, wenn nicht Gefahr mit dem Aufschube verbunden ist (§ 692).

Von solchen Vereinbarungen abgesehen, ergibt sich aus dem Gesagten, daß die Verwahrung eine Thätigkeit ist, welche je nach den Umständen verschiedene Maßnahmen des Uebernehmers veranlassen kann und für deren zweckentsprechende Anwendung letzterer aus dem Verwahrungsvertrage haftet. Worin diese Maßregeln bestehen, ist Thatfrage; nicht anders als wie die auch den Um-

ständen nach vorzunehmenden Handlungen des Agenten, Mäklers u. dgl. sich im Voraus (bei dem Kontraktschluß) nicht im Einzelnen bestimmen lassen und daher lediglich im Allgemeinen (als eine Thätigkeit nach bestimmter Richtung hin) versprochen werden. Wie die versprochene Thätigkeit dort auf Vermittelung von Geschäftsabschlüssen für den Stipulanten in dieser oder jener Form gerichtet ist, so geht sie hier im Allgemeinen auf Verwahrung. Der Uebernehmer hat selbst zu beurtheilen, was dazu im Einzelfall erforderlich ist, und haftet für Diligenz bei der Beurtheilung, wie für die gehörige Ausführung desjenigen, was danach zu geschehen hatte. Folglich besteht die übernommene „Verwahrung" zweifellos nicht in der bloßen Gewährung eines Raumes für das Objekt der Aufbewahrung[5]), sondern kann zu allen möglichen Arten positiver Thätigkeit Veranlassung geben[6]), nur daß die letztere sich in bloßer Obhut der Sache erschöpft, keinerlei darüber hinausgehenden Funktionen zu erfüllen hat[7]). So stellt sich die bloße Aufbewahrung, ähnlich wie die Vermittelung von Geschäftsabschlüssen, von welcher in den vorigen Abschnitten die Rede war, als eine besonders geartete und daher eigenen Regeln unterworfene Geschäftsbesor-

5) Windscheid, Pandekten II § 378 Anm. 1.

6) Beispiele bei Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch S. 65.

7) Z. B. zwei Personen, die sich auf der Reise zufällig kennen lernen, machen eine Bergpartie, wobei sie übereinkommen, daß die zur Erfrischung von einem Jeden mitgenommenen Flaschen Wein bei der Gepäckvertheilung von einem Theilnehmer getragen werden sollen. Umgekehrt wird der Proviant der Schutz- und Unterkunftshütten im Hochgebirge regelmäßig von der Bevölkerung in Tragkörben heraufgeschafft. Die an sich in beiden Fällen gleiche Thätigkeit ist in dem ersteren Gegenstand eines Verwahrungs-, im letzteren eines Dienstvertrags und dementsprechend in ihren Einzelheiten zu beurtheilen: z. B. wenn die Flaschen an einen Stein gestoßen werden und auslaufen oder wenn der Kork sich löst.

gung der gewöhnlichen (der §§ 662 bezw. 675 BGB) entgegen, welch' letztere, je nachdem sie entgeltlich oder unentgeltlich übernommen ist, den verschiedenen Kategorien der Dienstverträge oder des Auftrags untersteht. Wer freilich, wie Schollmeyer, die Einheitlichkeit des Grundbegriffes der Geschäftsbesorgung in §§ 662 und 675 leugnet[8]), wird noch viel weniger im Stande sein, vom Stamme zu den Ausläufern organisch fortzuschreiten.

Auch die Aufbewahrung ist ein Realkontrakt: die eigenthümlichen aus dem Vertrag entstehenden Verpflichtungen beginnen erst, nachdem die aufzubewahrende Sache von dem Hinterleger übergeben worden ist[9]) (§ 688 BGB). Auch der nicht seltene Uebergang des Vertrages in ein Darlehen (§ 700 BGB) könnte nur unter Schwierigkeiten stattfinden, wenn die Natur beider Kontrakte eine verschiedene wäre. Der Hinterleger ist also zur Uebergabe nicht verpflichtet, wenngleich er sich durch besonderen (Vor)vertrag dazu verpflichten kann. Hierüber gelten die mit Beziehung auf das Darlehen ausgeführten Grundsätze (s. auch § 695).

Bei der entgeltlich übernommenen Aufbewahrung, welche hier allein interessirt[10]), hat der Verwahrer für omnis culpa einzustehen (vgl. § 276 in Verbindung mit § 690 BGB). Er ist schon beim gewöhnlichen Depositalvertrage im Zweifel nicht berechtigt, die Aufbewahrung durch einen von ihm substituirten Dritten vornehmen zu lassen (§ 691)[11]). Die stattgefundene Anwendung der geschuldeten diligentia in custodiendo ist eventuell vom Richter nachzuprüfen. In

8) S. oben § 37 Anm. 6ff.

9) S. oben § 53 zu Note 5ff.

10) Vgl. oben §§ 1 u. 3 über den Begriff des partiarischen Rechtsgeschäfts.

11) Inwiefern der Ausschluß der Substitutionsbefugniß aus dem Wesen des partiarischen Kontraktes folgt, s. u. § 64.

ihrer Außerachtlassung liegt eine Nichterfüllung des Kontrakts, welche nach allgemeinen Grundsätzen den Verwahrer zu Schadensersatz verpflichtet. Verwendetes Geld hat er vom Tage der Verwendung zu verzinsen (§ 698). Nach Beendigung des Vertrages (vgl. dazu §§ 695, 696) hat er die hinterlegte Sache mit allem Zubehör zurückzugeben, d. h. dem Hinterleger die Abholung derselben von dem Orte zu gestatten, an welchem die Sache aufzubewahren war (§ 697). Kompensation und Retention gegen die Rücknahme sind nicht mehr ausgeschlossen[12]). Neben seinem Lohn (§ 699) hat der Verwahrer Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, die er zum Zweck der Aufbewahrung machte und den Umständen nach für erforderlich erachten durfte[13]), und allgemein auf Ersatz des Schadens, den die Beschaffenheit der hinterlegten Sache dem Verwahrer verursachte; es sei denn, daß der Hinterleger seine Schuldlosigkeit[14]) oder Kenntniß des Verwahrers von der gefahrdrohenden Beschaffenheit der Sache darthut (§§ 693, 694 BGB).

Die ausbedungene Vergütung des Verwahrers kann von jeder Art sein; der Ausdruck hat in §§ 689, 699 keinen anderen Sinn als sonst und gibt somit der Freiheit der Parteiberedung ganz denselben Spielraum. In Folge dessen kann der ausgemachte Lohn auch darin bestehen, daß dem Verwahrer nach glücklich beendigter Aufbewahrung und Rückgabe der deponirten Gegenstände ein Antheil an denselben zugesichert wird. Freilich wird die partiarische Lohnklausel hier nicht so häufig sein, als bei den anderen Geschäftsbesorgungen, z. B. bei den Vermittelungskontrakten. Denn die Obliegenheiten des Ver-

12) Für das partiarische Rechtsverhältniß unter Umständen von besonderer Bedeutung. S. u. § 65. Vgl. bereits § 48 i. f.

13) Wie ein Geschäftsbesorger. S. § 670 u. oben § 49.

14) Mangelndes Kennen oder Kennenmüssen oder Anzeige der gefahrdrohenden Eigenschaft der aufzubewahrenden Sache.

wahrers bestehen wesentlich nur in der Obhut bezw. Erhaltung der anvertrauten Sachen — gehen nicht auf Erzielung eines Gewinnes für den Deponenten. Wird letzterer Zweck mit dem der Aufbewahrung verbunden, so ändert der Vertrag seinen Charakter und geht in eine der schon früher besprochenen Kategorien über[15]). Nun aber ist es offensichtlich, daß in der Regel wenig Veranlassung sein wird, den Verwahrer mit einem Antheil der verwahrten Sachen zu belohnen. Eine derartige Naturalentlohnung ist weder im Allgemeinen üblich noch auch in unserm Sinne partiarisch[16]). Die Hinterlegung kann also, wie der Frachtvertrag, nur dann zum partiarischen Kontrakte werden, wenn die zweckentsprechende Ausführung der bedungenen Thätigkeit dem Deponenten einen Gewinn bringt resp. — was dem gleich steht — *ihn vor befürchteten Verlusten bewahrt*[17]). Die Aufbewahrung kann, nicht minder wie Versendung, Verfrachtung u. dgl., mit *Gefahren* für den Verwahrer und für den Deponenten ebenso mit einem Risiko verbunden sein, welche die unter Umständen erforderliche Hinterlegung verhindern würden, wenn es kein Mittel gäbe, um einerseits den Uebernehmer der Gegenstände durch Gewährung eines besonders hohen Lohns zur Aufbewahrung zu bewegen und anderseits den Deponenten in der Hinsicht zu sichern, daß er den hohen Lohn nur dann und insoweit zu zahlen braucht, als die Gegenstände zur Zeit der Rücknahme noch unbeschädigt vorhanden sind[18]). Damit wird

15) Vgl. auch l. 8 pr. Dig. mandati (17, 1).

16) Hier findet keine *Quotalentlohnung* statt. Vgl. oben § 25 zu Note 12.

17) Natürlich vor Verlusten, die nicht der Verwahrer nach allgemeinen Grundsätzen zu vertreten hat. Denn wegen der letzteren haftet er schon von selbst auf Schadensersatz. Beispiele s. weiter unten.

18) Vgl. dazu die Ausführungen beim partiarischen Frachtgeschäfte oben § 38 zu Note 6, die (abgesehen von der Realkontraktsnatur der Hinterlegung) auch hier zutreffen.

die besondere Absicht konkurriren, die Höhe der befürchteten Verluste nach Möglichkeit zu verringern, indem naturgemäß die Einräumung eines Antheils an den anvertrauten Sachen resp. deren Werth, soweit sie bei Endigung des Verhältnisses unversehrt geblieben sind, den Depositar zu einer ganz besonderen Umsicht und Aufwand von Scharfsinn (z. B. durch Verheimlichung der Gegenstände) bewegen wird[19]) — weit über das Maß der gesetzlich von ihm zu prästirenden Diligenz hinaus. Dabei bleibt der Vertrag reines Depositum; der Verwahrer wird rechtlich zu Nichts mehr verpflichtet als jeder Depositar — es wird nicht einmal seine Haftpflicht durch den Vertrag gesteigert, denn gegenüber den in Rede stehenden Gefahren hätte das meistens keinen Zweck. Nur List, Geschicklichkeit, ein sicheres Auftreten, z. B. gegenüber den Soldaten der feindlichen Armee[20]), kann oft hier helfen und den beabsichtigten Erfolg der Erhaltung des zu verwahrenden Objekts herbeiführen. Der Depositar wird daher nur indirekt zur Aufwendung einer erhöhten Sorgfalt bewogen, indem sein eigenes Interesse an der Erzielung einer möglichst hohen Vergütung mit dem Interesse des Deponenten an der unversehrten Rückgabe der hinterlegten Gegenstände zweckmäßig verkettet wird. Es wird dadurch die Anwendung einer Diligenz erzielt, die vielleicht überhaupt nicht, jedenfalls im Hinterlegungsvertrage nicht erzwingbar ist.

---

19) Auch in dieser Hinsicht gilt entsprechend das beim partiarischen Frachtgeschäft (§ 38 Note 8—9) Gesagte.

20) Ich wähle absichtlich dieses Beispiel, damit der partiarische Vertrag nicht (was hier allerdings leicht möglich) unter die Kategorie der unerlaubten resp. unsittlichen Verträge fällt. Z. B. die Verheimlichung gestohlener Sachen oder gegenüber der Zollbehörde. — Auf der andern Seite sind hier die Fälle auszuschließen, in denen die Thätigkeit des Uebernehmers der Gegenstände über das Verwahren hinausgeht (s. oben bei Note 6 u. 7). Aber in bloßer Verheimlichung der Gegenstände kann ich das regelmäßig nicht erblicken.

Wir sehen hieraus, daß die partiarische Gestaltung des Verwahrungsvertrags sich ganz naturgemäß in engen Grenzen bewegt. Die handelsrechtlichen Verwahrungsgeschäfte und daher auch das Lagergeschäft (§§ 416ff. HGB) wie das kaufmännische Depotgeschäft nach dem Reichsgesetz betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Werthpapiere v. 5. Juli 1896 scheiden ganz aus, da die gewerbsmäßige Uebernahme nicht zum Zwecke der Aufbewahrung gegenüber den vorbesprochenen Gefahrenklassen erfolgt. Wenn also auch der kaufmännische Depositar sich, wie nicht selten, zur Garantie für casus herbeiläßt, so ist diese Garantie doch nicht der Hauptzweck des Vertrages und wird nicht partiarisch honorirt. Gleichgültig ist daher auch, daß die beiden Arten der Aufbewahrung häufig mit Elementen des Kommissionsgeschäfts gemischt sind. Endlich ist auch das sog. irreguläre Depositum (§ 700 BGB) der partiarischen Gestaltung nicht zugänglich, mag es in reiner Form oder mit handelsrechtlichen Elementen gemischt vorkommen. Im letzteren Falle würden die vorerwähnten Umstände ebenso entgegenstehen; aber auch abgesehen davon ist für Quotalentlohnung hier kein Raum. Denn es erhält der Deponent dabei die gleiche Menge (tantundem eiusdem qualitatis) wie gegeben, zurück und ist sonach überhaupt gegen Verlustgefahr gedeckt. Es ist hier also weder ein genügender Anlaß zum Quotalversprechen vorhanden, noch die Vergütung selbst, wenn sie (wie allerdings nicht selten, und manchmal sogar stillschweigend)[21]) in Prozenten vom Werth der hingegebenen Effekten besteht, in unserm Sinne eine Quote, vielmehr nur eine gewöhnliche Provision vom Werthe oder Preise des Geschäftsgegenstands (vgl. oben § 25). Auch aus dem Umstand, daß im Allgemeinen (vgl. § 700 BGB) auf ein irreguläres Depositum die Vor-

21) Nach § 689 BGB bezw. § 354 HGB.

schriften des Darlehens angewendet werden[22]), läßt sich nicht schließen, daß nunmehr auf diese Aufbewahrung die Regeln des partiarischen Kontraktes in derselben Weise Anwendung finden müssen, wie wir dies oben beim Darlehen wahrgenommen haben. Wenn irgendwo, so tritt in dieser Frage der fundamentale Unterschied des Darlehens- und Verwahrungszweckes, der eine Vereinigung beider Kontraktstypen grundsätzlich ausschließt, zu Tage. Das Darlehen dient den wirthschaftlichen Interessen des Empfängers, der Verwahrungsvertrag denjenigen des Gebers. Zwischen diesen Gegensätzen ist keine Vermittelung möglich. Daher leistet beim Darlehen der Empfänger das Aequivalent; und wir haben gesehen, wie die partiarische Gestaltung des Kontraktes dazu führt, in diesem Fall dem Geber einen Antheil am Gewinne des Empfängers zuzusprechen: an dem Gewinn, den der Empfänger aus der wirthschaftlichen Fruktifizirung des hingegebenen Kapitales zieht. In unserm Fall liegt das Verhältniß gerade umgekehrt. Der Geber ist es, der die Vergütung schuldet, und zu einer Fruktifizirung des Hingegebenen kommt es nicht: sie widerspricht geradezu dem Zwecke des Vertrags. Daher war es ein Unding, wenn die herrschende Ansicht des preußischen Rechts das irreguläre Depositum schlechtweg als Darlehen behandeln wollte[23]), und der § 700 BGB ist weit entfernt, einen derartigen Mißgriff zu erneuern[24]). Er thut nichts weiter, als daß er — der gewöhnlichen Methode des Gesetzes gemäß[25]) — einige Bestimmungen des Darlehens auf den

22) Vorbehaltlich (im Zweifel) der Regeln über Zeit und Ort der Rückgabe.

23) Vgl. auch Dernburg, Preuß. Privatrecht II § 211 N. 17.

24) Wie Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch S. 37 ff. behauptet.

25) Z. B. ähnlich in den schon erwähnten Fällen des § 651 (Werkverträge mit Lieferung des Stoffes durch den Unternehmer), s. oben § 39 bei Note 9, sowie im Falle des § 675, wo ebenfalls

Fall des irregulären Depositums anwendet. Dadurch überhebt er sich der Nothwendigkeit einer speziellen Regelung dieses besonderen Falles, z. B. in Ansehung der Rückgabepflicht des tantundem und hinsichtlich der Zinsvergütung, welche hier nicht selten (trotz des hauptsächlichen Interesses des Deponenten an der Hingabe) der Depositar für den Gebrauchsvortheil der hingegebenen Fungibilien zu leisten hat. (Solche Zinsen werden mit Rücksicht auf das vorwiegende Interesse des Deponenten an der Hingabe hier meist geringer sein als beim Darlehen, aber für den Zahlungsmodus und die Fälligkeit ist das natürlich unerheblich.) Soweit umgekehrt die zur entsprechenden Anwendung herangezogenen Vorschriften nicht passen, nimmt das Gesetz keinerlei Anstand, die analogische Heranziehung auszuschließen; so hinsichtlich des Ortes und der Zeit der Rückgabe des Kapitals, welche mit Rücksicht auf den Hinterlegungszweck hier anders normirt sind als beim Darlehen. Vgl. den letzten Satz des § 700 Abs. 1 und §§ 695—697 über das Recht des Deponenten, die hinterlegten Sachen jederzeit zurückzufordern; die Pflicht, sie beim Verwahrer abzuholen und auf Verlangen des letzteren aus wichtigen Gründen auch vorzeitig zurückzunehmen.

Auf der anderen Seite kann natürlich die Absicht der Parteien auch bei einer stattgefundenen Hinterlegung vertretbarer Sachen nachträglich dahin gehen, daß der Empfänger die Fungibilien von nun an ausschließlich im

---

durch Hinzunahme einer Anzahl von Vorschriften des Auftragsverhältnisses eine besondere Art des Dienst- und Werkvertrages detaillirt geregelt wird. Vgl. oben § 25 Anm. 4 bezw. § 37 bes. Note 6 Wenn in dem letztern Fall der Anschluß der Bestimmung nicht an die Haupt-, sondern an die Nebenstelle erfolgt ist, deren Vorschriften ergänzend hinzugezogen werden, so geschah dies offensichtlich, weil die Hauptstelle in jenem Falle eine doppelte (Dienst- und Werkvertrag) war, sodaß beim umgekehrten Verfahren eine zwiefache Verweisung nothwendig gewesen wäre.

eigenen Interesse soll benutzen dürfen; so daß also der Dienst, welchen ursprünglich der Empfänger durch Verwahren dem Geber leistete, nunmehr durch einen Dienst des Gebers gegenüber dem Empfänger (ein creditum) abgelöst wird. Wie ein derartiges Entstehen des Darlehens ganz allgemein auf der Basis eines zwischen den Parteien bestehenden Schuldverhältnisses möglich ist (vgl. § 607 Abs. 2), so auch auf der Basis eines vorhergegangenen Verwahrungsvertrages. Liegt die bezeichnete Parteiabsicht auf beiden Seiten vor, so entsteht also dadurch ein Darlehen. Es wird einfach der Schnörkel einer imaginären Hin- und Rückzahlung (Rücknahme des Depositum und Darlehensgabe) durch Verabredung über den nunmehr veränderten Zweck des Kapitals beseitigt und ersetzt. Diese Verabredung kann darin genügenden Ausdruck finden, daß der Hinterleger dem Verwahrer gestattet, die hinterlegten Fungibilien zu verbrauchen. Hat die Verabredung — was selbstverständlich Thatfrage und aus den Umständen, insbesondere der Höhe der bedungenen Zinsen (s. o.) zu entnehmen ist — den letzteren Sinn, so folgt zugleich, daß die im letzten Satz des § 700 Abs. 1 aufgestellte Vermuthung für Rückgabe der Fungibilien nach den Regeln des Depositums nicht gilt bezw. überwunden wird; sodaß sich also als schließlicher Inhalt des § 700 herausstellt, daß im Zweifel die Gestattung des Verbrauchs der hinterlegten Sachen durch den Verwahrer nicht die Deutung einer dadurch beabsichtigten Aenderung des Kontrakts der Hinterlegung rechtfertigt[26]).

26) Was also auf eine direkte Ablehnung des Note 24 erwähnten preußisch-rechtlichen Standpunktes hinauskommt. Daß, wenn ein nachträgliches Darlehen gewollt ist, letzteres nach Maßgabe der Parteiverabredung auch im Sinne unserer obigen Ausführungen (§§ 53 ff.) partiarisch abgeschlossen werden kann, braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden.

E. Verlagsvertrag.

§ 63.

Wenn die Verwahrungsverträge zufolge der eigenthümlichen Natur derselben für die partiarische Gestaltung des Rechtsverhältnisses nur geringe Ausbeute ergaben, so ist das Umgekehrte beim Verlagsvertrag der Fall, welcher sehr häufig gegen Gewinnbetheiligung des Autors am Ertrage seines Werkes abgeschlossen wird. Auch beim Verlagsvertrag, der leider eine reichsgesetzliche Regelung bis jetzt noch nicht gefunden hat[1]), handelt es sich um eine (vom Verleger übernommene) Verpflichtung zu gewissen Handlungen: nämlich um buchhändlerische Vervielfältigung bezw. Veröffentlichung und Verbreitung eines Schriftwerks, eines musikalischen oder sonstigen Kunstwerks[2]). Die Verbreitung[3]), welche einerseits rein ideellen Interessen dienen kann, soll umgekehrt nicht selten auch Gewinnzwecke verfolgen; nicht blos für den Verleger, welcher die Verbreitung auf seine Rechnung übernimmt, sondern auch für den Autor, also den Verfasser des Werkes[4]). Ohne die Verbreitung (als Manuskript in der

1) Vgl. Art. 76 EG BGB. Dieselbe ist beabsichtigt. S. die vom Reichstag in der Sitzung v. 11. Dezember 1896 angenommenen Resolutionen aus Veranlassung der Berathung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Stenogr. Ber. S. 3822 ff., 3846.

2) Vgl. O. Wächter, Das Verlagsrecht mit Einschluß d. Lehre v. Verlagsvertrag u. Nachdruck (1857) bes. § 21. Klostermann, Das geistige Eigenthum an Schriften (1867) I § 28 ff. Petsch, Die gesetzl. Bestimmungen über den Verlagsvertrag in den einzelnen deutschen Staaten (1870). Stobbe, D. Privatrecht III § 189. Aus der partikularrechtlichen Litteratur besonders Dernburg, Preuß. Privatrecht II § 210. — Verwandt sind die Verträge über Aufführung eines dramatischen oder musikalischen Werkes und die Ausstellung anderer Kunstwerke.

3) Der Kürze halber wird dieser generelle Ausdruck im Folgenden für die Vervielfältigung und Veröffentlichung als Mittel der buchhändlerischen Verbreitung überhaupt gebraucht.

4) Es ist an sich für den Verlagsvertrag nicht nothwendig, daß einem Autor das Urheberrecht an dem in Verlag gegebenen Werke

Schublade des Autors) ist das Werk todt, wirthschaftlich unbrauchbar; — erst dadurch, daß es Jedem um ein Geringes zugänglich gemacht wird, gewinnt es Leben und bringt, sofern es sich als lebensfähig erweist, auch seinem Autor Ruhm und häufig materiellen Gewinn. Es handelt sich somit auch bei der Thätigkeit des Verlegers in gewissem Sinne um eine Vermittelung: freilich eigener Art. Einmal um eine solche immaterieller Güter; nicht selten aber auch von Vermögenswerthen. Nur hier nicht auf dem Wege des Abschlusses von Rechtsgeschäften für den Autor, sondern indirekt: indem der Autor sein Recht an dem von ihm geschaffenen Werke[5]) auf den Verleger überträgt und letzterer das Autorrecht selbständig fruktifizirt, während er dem Autor dafür besondere Vergütung leistet. Es handelt sich dabei also um ganz verschiedene und von einander unabhängige Kontrakte: einmal um denjenigen, welchen der Autor mit dem Verleger schließt, worin er ihm das Urheberrecht zur Fruktifizirung überträgt und seinerseits ein Recht auf die buchhändlerische Verbreitung des Werks durch den Verleger und auf das ausgemachte Honorar erlangt; sodann um die zahlreichen Geschäfte, die der Verleger zum Zwecke der Verbreitung und Fruktifizirung des Verlagsartikels in eigenem Namen und für eigene Rechnung abschließt[6]). Aus der gänzlichen Unabhängigkeit der

zusteht; ebensowenig wie daß für die Verbreitung eine Vergütung verabredet wird (nicht selten zahlt der Autor dem Verleger noch zu). Für die partiarische Gestaltung kommen beide Fälle aber nicht in Betracht.

5) Ganz, oder wie wohl meistens, theilweise: beschränkt auf die besonders bedungene Höhe einer Auflage. Dieser Unterschied braucht im Folgenden nicht weiter in Betracht gezogen zu werden. Jede neue Auflage ist diesenfalls Gegenstand eines besonderen selbständigen Verlagsvertrags, für welchen wiederum dieselben Regeln gelten.

6) Im Unterschiede von dem sog. Kommissionsverlag, der wesentlich nach den Regeln des Kommissionsgeschäftes (s. oben § 61) zu beurtheilen ist. Hier erwirbt der Verleger gar kein Recht am Werke, sondern besorgt neben der Vervielfältigung den Vertrieb

einen und anderen Kategorie von Geschäften folgt, daß der Autor den unbedingt versprochenen Lohn auch dann erhält, wenn die vom Verleger erhoffte günstige Verwerthung des Autorrechts sich nachträglich als trügerisch herausstellt. Der Verleger wird also, wenn er dem Autor oder seinem Werk in dieser Hinsicht kein genügendes Vertrauen entgegenbringt, genöthigt sein, das Honorarversprechen vom buchhändlerischen Erfolg des Werkes abhängig zu machen. Besteht der hiernach bedingt versprochene Lohn nicht in einer Pauschalsumme — was häufig den Interessen des Verfassers, der sein Werk am besten kennt und den Erfolg desselben voraussieht, direkt zuwiderläuft, sodaß er sich dazu wohl nur in einer Nothlage verstehen wird — so bleibt im Wesentlichen nur die namentlich bei Erstlingsarbeiten nicht seltene Vereinbarung übrig, den nach erfolgter Deckung der Herstellungskosten aus der Verbreitung des Werkes entstehenden Gewinn zu theilen[7]). Diese Verabredung enthält (selbst wenn der Autor, was auch vorkommt, sich falls nicht einmal die Druckkosten gedeckt werden, zu einer Zuzahlung verpflichtet) regelmäßig keinen Gesellschaftsvertrag, bei welchem der Autor die Produkte seiner Intelligenz, der Verleger sein Kapital und eine bestimmte Thätigkeit einbringt; wie nach den früheren Ausführungen über diesen Gegenstand hier nicht mehr weitläufig hervorgehoben zu werden braucht. Jeder unserer jungen Autoren, der einmal in dieser Lage war, wird ohne Weiteres bestätigen, daß er durch die beschriebene Verabredung über die Bedingungen, unter welchen ein Verleger die Honorirung und Verbreitung seines Werkes übernahm, sich nicht als Kompagnon (als socius) des betreffenden Verlegers gefühlt

desselben als Kommissionär, d. h. in eigenem Namen aber für Rechnung des Autors. Die hergestellten Druckexemplare sind das Kommissionsgut der Verkaufskommission. Von diesem Verhältniß ist hier nicht zu reden.

7) Nicht nothwendig halbtheilig. Auf die Höhe der Quote wird grundsätzlich auch hier nicht eingegangen.

hat, m. a. W. daß der animus societatis contrahendae den Parteien dabei vollständig fern liegt. Zumal auch dem Verleger, welcher sonst, wenn irgend sein Geschäft von größerer Ausdehnung ist, in heutiger Zeit, wo viele Berufene und Unberufene zur Feder greifen, thatsächlich zum Gesellschafter von aller Welt würde, deren Artikel er unter diesen Vorsichtsmaßregeln übernimmt. Dann würde aber sein Geschäft dem Ideal einer sozialistischen Zukunftsdruckerei bald ähnlicher sehen, als einem modernen kaufmännischen Betriebe[8]), und der Verleger müßte sich Eingriffe und Beschränkungen gefallen lassen, die er nichts weniger als zu ertragen gesonnen ist und welche sein Geschäft in Kurzem ruiniren würden[9]). Vielmehr ist der Vertrag in Ermangelung einer derartigen Absicht der Verbrüderung des Autors und Herausgebers ein wahrer Verlagsvertrag; jedoch mit Rücksicht auf die Abhängigkeit, in welcher die Lohnschuld und Lohnhöhe von der Erzielung eines Gewinnes des Verlegers aus dem Unternehmen steht, ein partiarisches Uebereinkommen. Der Verleger gibt dem Autor als dessen Honorar Antheil am eigenen Gewinne aus der übernommenen Verbreitung des Werkes, sodaß auf diese Art um die juristisch unabhängigen Kontrakte des Verlegers mit dem Autor einerseits und denen, die er anderseits zum Zwecke der Verwerthung des übertragenen Rechtes schließt, ein wirthschaftliches Band geschlungen wird. Einer Gewährung derartiger Antheile am Ergebniß der Fruktifizirung des einem Anderen zugehörigen Werthobjektes oder von ihm geschaffenen sonstigen Produkts sind wir im Laufe unserer Untersuchung schon verschiedentlich begegnet[10]). Im Gegensatz zu manchen in dieser

8) Der gewerbsmäßige Betrieb der Verlagsgeschäfte wie der sonstigen Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels ist ein Handelsgewerbe, der Betreibende also Kaufmann. Vgl. § 1 der Handelsrechtsnovelle.

9) S. über die Kontrole der Quotallohnforderung noch unten § 68.

10) Vgl. z. B. bei dem partiarischen Miethverhältnisse (§ 19)

Richtung liegenden Fällen des Werkvertrags geht hier der partiarische Arbeitskontrakt nicht auf die Herstellung des Werks[11]), um dessen spätere Verwerthung es sich handelt, sondern auf die Verwerthung selbst; nur daß sich der Kontrakt und überhaupt die Pflichten des Unternehmers in der bloßen Verwerthung nicht erschöpfen, sondern meist noch anderen, ideellen Zwecken dienen. Daraus erklärt sich der selbständige Charakter des Verlagsvertrags.

Auf das Detail des letzteren ist hier nicht einzugehen, da (was die Pflichten des Autors anlangt) der partiarische Kontrakt selbstredend die ihm eigenthümlichen Wirkungen nicht eher äußern kann, als bis der Autor das Werk geliefert hat und dessen Verbreitung regelrecht erfolgt oder versucht ist. Die Ansprüche auf Schadensersatz, die der Verleger möglicherweise wegen Nicht- oder nicht gehöriger Lieferung des Werkes hat[12]), sind von dem Honoraranspruch des Autors unabhängig. Letzterer kann auf der anderen Seite die Verbreitung resp. die Vornahme der dazu nöthigen Schritte seitens des Verlegers nach den gewöhnlichen Grundsätzen des Verlagsvertrags[13]) verlangen und im Falle der Nichterfüllung eventuell von letzterem zurücktreten und seinen Schaden geltend machen. Dagegen ist sein Lohnanspruch wie bei den anderen partiarischen Kontrakten bedingt und betagt: nämlich von dem Gewinnergebniß abhängig und nicht eher fällig, als bis die Konstatirung dieses Ergebnisses gegenüber dem Verleger verlangt werden kann. Darauf ist

beim Werkvertrag (§ 38 N. 15 ff.), beim partiarischen Darlehen (§ 54) oben.

11) Diese Fälle sind, insoweit es sich um buchhändlerische Werke u. dgl. handelt, vom Verlagsvertrage wohl zu unterscheiden. S. oben § 38 Anm. 13, 14.

12) Z. B. wegen unzulänglicher Form des Werks, welche erhöhte Herstellungskosten verursachte, oder wegen eines Mangels des Herausgebers im Autorrechte u. dgl.

13) Also Vervielfältigung und Verbreitung resp. was dazu gehört. Vgl. Wächter S. 341 ff., 350 ff.

unten im Zusammenhange noch zurückzukommen. Sehr wesentlich für das Gewinnergebniß ist die Feststellung des Verkaufspreises der hergestellten Exemplare. Ist der Preis zu hoch bemessen, so wird die Abnehmerzahl des Werks dadurch verringert; ist er zu niedrig, so bleibt aus diesem Grunde der Gewinn möglicherweise hinter dem vom Autor erwarteten Betrag zurück. Doch hat der letztere im Allgemeinen auf die Preisbestimmung keinen Einfluß, weil es sich hierbei um einen Zweig der buchhändlerischen Betriebsthätigkeit handelt, in welche der Verleger dem Autor kein Recht des Eingriffs und der Mitbestimmung zugesteht und billig zugestehen kann [14]). Auch setzt die Preisbestimmung nach den obigen Gesichtspunkten ein Maß geschäftlicher Erfahrung voraus, das der Verleger dem Autor, der nicht sein Socius ist, nicht zuzutrauen braucht. Nur insoweit die Preisbestimmung die Verbreitung des Werks beeinträchtigt, kann der Autor einen richtigeren Preisansatz fordern, weil er auf die Verbreitung einen unbedingten Anspruch hat [15]), und damit kann er denn indirekt auch eine Verschiebung des Gewinnergebnisses herbeiführen.

F. Gemeinschaftliches über das partiarische Verhältniß in diesen Fällen.

I. Persönliche Ausführung der übernommenen Verrichtung.

§ 64.

Wir haben gesehen, daß es Fälle gibt, in welchen der Uebernehmer schon an sich, d. h. abgesehen vom partiarischen Verhältniß, sich für die übernommene Verrichtung

14) Vielmehr nur einem wirklichen Gesellschafter. Vgl. die Analogien oben bei der Dienstmiethe und dem partiarischen Darlehen (§§ 27 u. 56).

15) Insofern liegt also sogar Kontraktverletzung des Verlegers vor, welche den anderen Theil zu Schadensersatz für allen dadurch erlittenen Ausfall berechtigt.

im Zweifel keinen Anderen substituiren darf. So der Verwahrer nach § 691 BGB; und auch beim Agenten werden wir wohl in den meisten Fällen zu demselben Resultate kommen, wegen der vielfachen Aehnlichkeit des Agenturverhältnisses mit einer kaufmännischen Anstellung und damit der Dienstmiethe (vgl. § 613 BGB). Wenigstens spielen deren Grundsätze doch wesentlich in das Verhältniß mit herein[1]). Auch für die Thätigkeit des Kommissionärs muß Aehnliches behauptet werden, obschon die Fassung des § 396 HGB weit laxer ist als die bezüglich der Agenten, und nicht (wie § 88) von der Thätigkeit des Kommissionärs, die das Geschäft zu Stande gebracht hat, besonders spricht. Indessen ergibt sich auch in diesem Falle durch das theilweise Eingreifen der Grundsätze des Dienstvertrags die Anwendung des § 613 BGB, wonach denn also auch der Kommissionär im Zweifel die Kommission selbst auszuführen hat, wie dies schon nach dem geltenden Rechte angenommen wird[2]). — Wo diese Zweifel schon im Gewöhnlichen be-

1) S. schon oben § 36 über derartige Mischformen des Dienst- und Werkvertrages; ferner § 88 Abs. 1 HGB, wonach dem Agenten die Vergütung nur für dasjenige zur Ausführung gelangte Geschäft gebührt, welches durch seine Thätigkeit zu Stande gekommen ist. Eine Ausnahme eigener Art begründet § 89 für die für einen bestimmten Bezirk angestellten Agenten.

2) S. auch Denkschrift zum Handelsgesetzbuch S. 249. Auerbach in Busch's Archiv f. Handels- u. Wechselr. Bd. 6 S. 326 ff. Grünhut, Kommissionshandel S. 312. Entsch. d. ROHG Bd. 11 S. 146. Besondere Nachtheile hat die Substitution beim Kommissionsgeschäft auch deshalb, weil der Kommissionär regelmäßig im eigenen Namen substituirt, sodaß im Einzelfalle kaum zu konstatiren wäre, ob das vom Substituten abgeschlossene Geschäft mit demjenigen identisch ist, welches der Kommittent dem Kommissionär in Auftrag gegeben hatte. Die Beantwortung der oben § 61 Note 10 ff. aufgeworfenen Frage nach der Feststellung, ob ein Geschäft für Rechnung des Kommittenten abgeschlossen sei, würde hier häufig ganz unmöglich. Hätte das Geschäft Verlust gebracht, so würde der Kommissionär es als Ausführung des Kommissionsauftrags dem Kommit-

stehen, da werden sie im Falle eines partiarischen Abschlusses naturgemäß um ein Erhebliches verstärkt. Denn überall hat, wie wir sahen, das partiarische Geschäft die Absicht und die Folge, nach Möglichkeit eine Verkettung des Interesses der Parteien an der projektirten Unternehmung herbeizuführen, dasjenige des Uebernehmers am Erfolg zu steigern und ihn dadurch zur möglichsten Entfaltung seiner Thatkraft, Intelligenz und Umsicht für das materielle Gelingen der aufgetragenen Besorgung anzufeuern. Es schafft resp. gründet sich in dieser Weise das Geschäft auf ein Vertrauensverhältniß zwischen den betheiligten Personen, — ein Verhältniß, das sich nicht ohne Weiteres auf einen Substituten übertragen läßt. Der Besteller verspricht dem Uebernehmer nur deshalb einen Antheil vom Gewinn der aufgetragenen Besorgung, um seinerseits noch einen größeren oder wenigstens ebenso großen zu erzielen; und die Hoffnung seiner Erreichung gründet sich dabei in erster Linie auf das Vertrauen in den Eifer und die Fähigkeit des Uebernehmers, dessen wirksamster Verwerthung seiner Kräfte er sich gerade in unserm Falle durch das partiarische Versprechen besonders versichert. So ist die Person des Leistenden fast immer wesentlich. Allerdings ist auch das Gegentheil (die Substitution) nicht völlig ausgeschlossen, wie wir schon oben bei der Werkverdingung Gelegenheit zu sehen hatten[3]). Es kann vorkommen, daß die Qualität der Leistung durch den Personenwechsel nicht so sehr beeinträchtigt wird, daß der Auftraggeber die gänzliche Nichtausführung des Geschäfts der Ausführung durch einen Andren vorzöge; und das Versprechen der Gewinnbetheiligung kann hier den Zweck verfolgen, den Leistenden, wer es auch sei, zu der erhöhten Kraftanspannung zu veranlassen. In diesem Sinne kann auch

tenten zuzuschieben suchen, im umgekehrten Falle den Zusammenhang mit dem Auftrag leugnen, um den Gewinn für sich zu behalten.

3) Vgl. §§ 42—44 oben.

beim partiarischen Kontrakt die Substitution ausdrücklich oder stillschweigend gestattet sein bezw. aus der Art des Unternehmens sich als selbstverständlich gewollt ergeben. So wird der Exportkommissionär[4]), welcher den Absatz gewisser Waaren nach China gegen Betheiligung am Geschäftsgewinne übernommen hat, nicht als verpflichtet anzusehen sein, persönlich nach China zu reisen, um den Absatz zu versuchen. Sondern er wird dies entweder durch Gehülfen oder mittelst geeigneter Verbindungen an Ort und Stelle thun m. a. W. die Kommission weitergeben, und anders kann es auch der Kommittent wohl kaum erwarten. Endlich ist die Substition auch ohne ausdrückliche bezw. stillschweigende Erlaubniß des Kommittenten dann gestattet, wenn sich der persönlichen Ausführung durch den Uebernehmer unvorhergesehene und unverschuldete Hindernisse entgegenstellen und ein Ersatz nothwendig ist bezw. der Uebernehmer annehmen darf, daß der andere Theil die Ausführung durch einen Substituten billigen werde also lieber wolle, als das gänzliche Liegenbleiben der Kommission. Vgl. §§ 665 (675), 692 BGB. Schon bei dem Werkvertrag ist darauf hingewiesen, daß der Uebernehmer für die pflichtmäßige Prüfung dieser Frage von seinem Standpunkt aus verantwortlich ist, und daß er jedenfalls noch vor der Uebertragung auf den Substituten die Entschließungen des Auftraggebers einzuholen hat, sofern dies ohne gefahrdrohenden Aufschub möglich ist. — Unter diesen verschiedenen Voraussetzungen bleibt es auch dabei, daß der Uebernehmer nur für gehörige Auswahl und Instruktion des Substituten haftet, nicht aber weiterhin für dessen eigenes Verschulden. Dagegen ist er, wenn das Substitutionsrecht fehlte oder bei der Bestellung des Ersatzmanns nachlässig verfahren wurde, nach den bereits hervorgehobenen

4) S. Entsch. d. ROHG Bd. 22 S. 77.

Grundsätzen für jeden dem andern Theil durch die Ersatzausführung entstehenden Schaden verantwortlich. Auch in Betreff der Klage des Bestellers gegen den Substituten gelten im Allgemeinen die Regeln des Werkvertrags[5]). Vgl. insbesondere für den Kommissionsauftrag noch § 392 HGB.

Aehnlich ist das Verhältniß bei der Mäklerei und dem Verlagsgeschäfte, wenn sie partiarisch (also auf Gewinnbetheiligung des Mäklers resp. Autors) abgeschlossen worden sind. Doch ist dabei das Substitutionsrecht ein viel weiteres. Das liegt in der Natur der beiden Unternehmungen. Zwar hatte der Art. 69 des ehemaligen Handelsgesetzbuches den amtlichen Handelsmäklern die Substitutionsbefugniß, wie das Recht, Gehülfen zuzuziehen, ausdrücklich abgesprochen, aber dieses Verbot, welches nach Ausweis der Nürnberger Berathungen wesentlich mit dem dort den Mäklern vindizirten Amtscharakter zusammenhing und daher schon bisher nicht auf Privatmäkler übertragen wurde, ist mit dem Wegfall der amtlich bestellten Sensale in der Handelsrechtsnovelle selbst gefallen[6]). Aus der Natur der Mäklerthätigkeit als Einzelvermittelung und regelmäßig ohne Interessenvertretung der einen Partei gegen die andere, aus der rein faktischen Natur der Thätigkeit und ihrem weiten Umfang (von der völligen Abschlußvermittelung bis zu dem bloßen Nachweis der Gelegenheit zu einem Vertragsschlusse) folgt, daß es in diesem Fall nicht selten für die Qualität der Leistung des Vermittlers nicht so sehr auf dessen persönliches Bemühen, als auf die Mannigfaltig-

5) S. oben § 44 für die verschiedenen Fälle, je nachdem der Unternehmer den Substituten im Namen des Bestellers oder in eigenem Namen angenommen hatte. Dies gilt auch für den Fall der Hinterlegung. Vgl. § 62 nach Note 7.

6) Vgl. auch oben § 60 zu Note 36 ff. A. M. mit Unrecht Rocholl, Rechtsfälle II S. 93 ff., der hier verschiedene Dinge nicht gehörig auseinanderhält.

keit seiner Beziehungen ankommt. Erwartet wird von ihm die Förderung des Zustandekommens des beabsichtigten Geschäfts, und erst nach der Erreichung dieses Ziels ist überhaupt sein Lohn verdient. Da er aber in keinem Falle selbst abschließt, so kann er immerhin nur mittelbar den Abschluß fördern, was sich sogar, wenn er nur zum Gelegenheitsnachweis angenommen ist, in engen Grenzen hält. Die partiarische Gestaltung des Kontraktes für sich allein ändert diese Umstände nicht. Das erhöhte Lohnversprechen, welches damit gegeben ist, kann ebenso den Zweck verfolgen, dem Kommittenten möglichst viele und gute Beziehungen zu eröffnen, als den Mäkler zur erfolgreichen Bearbeitung bestimmter, als Gegenkontrahenten in Betracht kommender Personen anzufeuern. In letzterem Fall hängt Alles von der persönlichen Geschicklichkeit und Sachkenntniß des Mäklers ab; in diesem Fall wird also auch die Substitution so wenig zulässig sein, wie die Annahme eines gleichzeitigen Auftrags von der Gegenseite[7]). Wenn umgekehrt dem Kommittenten daran liegt, möglichst viel Wahl zu haben, wird es gerade im Sinne des Kontraktes liegen, daß der Mäkler alle ihm zu Gebote stehenden Vertreter und Hülfskräfte zur Vermittelung aufbietet, wie z. B. um einen Artikel im Massenabsatz anzubringen oder zum Aufkauf aufzutreiben. Nur muß in solchem Fall der Kommittent, welcher sich mit dem Substituten einläßt, wissen, daß letzterer für den von ihm angenommenen Mäkler thätig ist. Sonst kann der Mäklerlohn überhaupt nicht gefordert werden; es sei denn, daß eine Vermittelung durch Handelsmäkler in Frage steht, da hier schon kraft Gesetzes durch den bloßen Umstand, daß sich der Kommittent der Dienste des (substituirten) Mäklers bediente und auf Grund derselben abschloß, fest-

7) Vgl. § 654 BGB und oben § 60 zu Note 44ff.

steht, daß er den halben Mäklerlohn zu zahlen hat[8]) (§ 99 HGB). Sonst aber schuldet er weder dem Substituten, mit dem er gar nicht auf Vermittelung kontrahirt hat (§ 652 BGB), noch dem ursprünglichen Vermittler, da er in Folge seiner Unkenntniß darüber, daß der Substitut den letzteren vertrat, bei dem Kontraktsabschluß die Dienste des ursprünglichen Vermittlers gar nicht angenommen hat. Man weiß nicht einmal, ob der Auftraggeber bei Kenntniß der Vertretung überhaupt noch abgeschlossen haben würde[9]). Aber auch wenn er das vielleicht gethan hätte, so fehlt doch die erfolgreiche Vermittelung. In Folge der Unkenntniß des Kommittenten ist der Kausalzusammenhang zwischen dem abgeschlossenen Geschäfte und der Thätigkeit des Mäklers geradeso unterbrochen, wie wenn die von ihm einander zugeführten Personen wegen Unmöglichkeit der Lösung sachlicher Differenzen wieder auseinandergehen und das Geschäft erst später auf Grund erneuten Vorgehens und selbständigen Nachgebens des einen Theils abschließen. Wie dort, so ist es auch in diesem Fall ein anderer Geschäftsinhalt, auf welchen der Kommittent, der glaubte, bei dem Abschluß keine Nebenkosten (Mäklergebühr) tragen zu müssen, konsentirt hat. Unter Berücksichtigung dieser Kosten würde das Verhältniß von Leistung und Gegenleistung in dem abgeschlossenen Vertrage ein ganz anderes sein; der Kommittent hat sich

8) S. oben § 60 zu Note 48. Aber er haftet dann dem Substituten, den er als solchen nicht kennt, nur auf gewöhnlichen Lohn, weil er ex lege nicht aus der mit dem Substituenten getroffenen Abrede verpflichtet wird.

9) Denn die Geschäftsbedingungen sind dadurch schlechtere geworden. Vgl. Neubauer im Archiv für. bürg. Recht Bd. 6 S. 18. Riesenfeld i. d. Beiträgen zur Erläut. d. deutschen Rechts Bd. 37 S. 268. Entsch. d. OAG zu Dresden v. 6. Juni 1872 i. Seuffert's Archiv Bd. 30 S. 27 u. Goldschmidt's Ztschr. f. HR Bd. 22 S. 263. Entsch. d. RG v. 18. Juni 1885 bei Bolze, Praxis d. RG Bd. 1 N. 974 u. v. 3. Juli 1893 Entsch. Bd. 31 S. 289.

also auf einer andern Basis zum Abschluß des Geschäfts entschlossen.

Auch beim Verlagsvertrage macht die partiarische Gestaltung für die Befugniß des Verlegers zur Substitution oder gänzlichen Abtretung seiner Rechte auf einen anderen Verleger verhältnißmäßig wenig aus. Denn in der Mehrzahl der Fälle bezweckt die Quotallohnverabredung hier nicht sowohl eine Steigerung der Leistungen des Unternehmers, als vielmehr dessen Sicherung gegenüber dem Autor, während die Leistung des Verlegers stets die gleiche bleibt. Es kommt also im Wesentlichen nur darauf an, ob der Verleger überhaupt zur Abtretung befugt ist. Mangels Vorhandenseins allgemeingültiger Bestimmungen gehen die Ansichten über diese Frage auseinander[10]). Aus allgemeinen Grundsätzen läßt sich ableiten, daß der Autor nicht nur ein Recht auf Lohn, sondern auch auf gehörige Verbreitung seines Werkes hat. Von dieser doppelten Verpflichtung kann sich der Verleger durch Abtretung seiner Rechte aus dem Vertrage nicht befreien. Es ist nun die Verbreitung eine Thätigkeit, welche unter Umständen durch einen Andern — Substituten oder Cessionar — geradesogut vorgenommen werden kann, wie durch den ursprünglichen Kontrahenten. Es kommt nur auf die Qualität des Substituten an. Ist letzterer ein Verleger gleichen Schlages — von gleicher Leistungsfähigkeit und gleichem buchhändlerischen Renommée —, selbstredend auch von gleicher Leistungsbereitschaft (z. B. der Geschäftsnachfolger des ursprünglichen Verlegers), so kann der Autor gegen einen solchen Personenwechsel keine Einwendung erheben und

10) Vgl. Klostermann, Das geistige Eigenthum I S. 335; Wächter, Verlagsrecht S. 368 ff.; Gerber, Jur. Abhandl. S. 291 ff. Petsch, Die ges. Bestimmungen über den Verlagsvertrag in den einzelnen deutschen Staaten S. 130; Förster-Eccius, Preuß. Privatr. II § 134 N. 44 ff. Dernburg, Preuß. Privatr. II § 210 N. 25 ff.

ist auf den Gewinnantheil angewiesen, der sich für ihn aus der Verbreitungsthätigkeit des Substituten ergibt[11]). Entspricht dessen Persönlichkeit jedoch nicht den vorhin bemerkten Anforderungen, so kann der Autor sich der Verbreitung seines Werkes durch den Substituten (als einer Vertragsverletzung) widersetzen und seinen Kontrahenten in dieser Hinsicht auf gehörige Erfüllung in Anspruch nehmen. D. h. er kann ihn in Verzug setzen und daraufhin die aus § 326 BGB folgenden Rechte ausüben, also insbesondere auch vom Vertrag zurücktreten und sein Autorrecht anderweitig verwerthen. Beim Konkurs des Verlegers ergibt sich daraus, daß der Autor der Abtretung des Verlagsrechts durch den Konkursverwalter an einen tüchtigen Verleger nicht widersprechen kann, also ein Rücktrittsrecht von dem Vertrage oder einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung als Konkursgläubiger nur dann hat, wenn die Abtretung an eine persona idonea nicht erfolgte[12]).

II. Gewinnbetheiligung des Lohnberechtigten.

1. Natur des Lohns in den verschiedenen Fällen.

§ 65.

Die Vielgestaltigkeit der hier besprochenen Geschäfte bringt es mit sich, daß auch der bedungene Lohn (die Quote) in jeder der verschiedenen Gestalten vorkommt, welchen wir

11) Im Falle der Geschäftsübernahme s. noch § 419 BGB. — Der ursprüngliche Verleger haftet, abgesehen von Schuldübernahme (§§ 414 ff.), für die Lohnschuld weiter. Inwiefern der Substitut auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden kann, ergibt sich aus den allgemeinen Ausführungen in § 44, insbesondere bei N. 6 ff., welche auch hier entsprechend anwendbar sind. Vgl. Entsch. d. RG Bd. 12 N. 24, bes. S. 112.

12) Das kommt der Sache nach mit dem von Dernburg a. a. O. Anm. 26 Gesagten überein. Aber die Konstruktion einer stillschweigenden Bedingung, unter der die Uebertragung des Autorrechts erfolgt sei, ist vermieden. Es handelt sich demnach um Rücktritt vom Vertrage, nicht um Rückfall des übertragenen Autorrechts.

im Laufe unserer Untersuchung als Arbeitsentgelt begegnet sind[1]): von der einfachen Rohertragsbetheiligung am Resultate der Thätigkeit bis zur Gewährung eines Werthantheils vom Brutto- oder gar vom Reingewinne des Bestellers. Dabei kann dieser Gewinn als Antheil des Arbeiters an dem Verdienst des andern Theils aus dessen sämmtlichen Geschäften oder gewissen Geschäftsgattungen während bestimmter Zeit in's Auge gefaßt sein (Tantième), oder nur als Gewinn aus der speziellen, dem Arbeiter oder Uebernehmer aufgetragenen Besorgung. Das letztere ist das Gewöhnliche, weil die in diesem Abschnitt behandelten Verträge regelmäßig für den Einzelfall geschlossen werden, also kein dauerndes Verhältniß zwischen den Parteien in's Leben rufen, welches eine Betheiligung des Lohnberechtigten am Gesammtverdienst des andern Kontrahenten rechtfertigte oder auch nur nahelegte. Das Gegentheil kommt nur beim Agenturverhältniß vor, da der Agent, wie wir gesehen haben, für die Vermittelung oder den Abschluß gewisser Arten von Geschäften dauernd angenommen wird. Für die Tantième gelten wesentlich die oben ausgeführten Grundsätze, insbesondere in ihrer Anwendung auf Handlungsgehülfen[2]).

1) Nicht als Entgelt für Ueberlassung eines Kapitals: Dividende.

2) Vgl. oben §§ 24 u. 25. Von einer dem Agenten zugesagten Tantième handelt ausdrücklich die Entscheidung des ROHGs Bd. 18 S. 1. Das neue Handelsgesetzbuch erwähnt die Lohnform ebensowenig wie beim Handlungsgehülfen. Vgl. dazu Cohn i. Archiv f. bürg. Recht Bd. 12 S. 239 u. Cit. Wenn die Denkschrift z. Handelsgesetzbuch S. 73 sagt, der Agent erhalte regelmäßig nur Provision, der Handlungsgehülfe dagegen festes Gehalt, daneben freilich oft auch Provision oder Tantième, so faßt sie damit nur den gewöhnlichsten Fall in's Auge. — Dagegen ist es wohl nichts anderes als ein schlechter Ausdruck, wenn in der Entsch. d. RG v. 5. Mai 1894 (Jur. Wochenschrift v. 1894 S. 317) von einem tantièmeberechtigten Agenten oder Kommissionär die Rede ist. Wo soll bei letzterer Vermittelungsart eine Betheiligung an dem Gesammtgewinn des Kommittenten herkommen? Desgl. bei der Mäklerei, dem Verwahrungs- und Verlagsvertrage.

So z. B. für Art und Weise der Fälligkeit mit Ablauf der bestimmten im Betriebe des Geschäftsherrn üblichen Rechnungsperioden, sofern in diesen ein Gewinn gemacht ist[3]); für die Berechnung des Gewinnantheils, wenn sich das Agenturverhältniß im Laufe einer solchen Periode löst; für die Kontrolmaßregeln, welche dem Agenten zur Prüfung der Richtigkeit der Quote zu Gebote stehen[4]), und für die Abschreibungen von dem Gewinne, welche er sich gefallen lassen muß. Werden die Dienste des Agenten vom Geschäftsherrn nicht angenommen, so ist dies beim Tantième-Verhältniß regelmäßig bedeutungslos, solange der Geschäftsherr seinen Betrieb nicht gänzlich einstellt. Denn insolange partizipirt der Agent für die Vertragszeit ruhig an dem von dem Geschäftsherrn anderweitig erzielten Gewinn[5]). Ueber die Möglichkeit der Lösung des Agenturverhältnisses aus wichtigen Gründen vor dem Ablauf der Vertragszeit s. § 92 HGB. Gibt der Geschäftsherr den Betrieb auf, für welchen der Agent als ständiger Vermittler angenommen war, so ist die Frage, ob der Agent wegen der etwaigen längeren Vertragszeit noch Etwas beanspruchen kann, für die Tantième nicht anders als für andere Lohnformen zu beantworten.

---

3) S. oben § 31 ff. Entsch. d. ROHG v. 15. März 1872 Bd. 6 S. 25.

4) Vgl. Entsch. d. ROHG v. 21. Mai 1875 Bd. 18 S. 1 und des RG v. 5. Mai 1894 i. d. Jur. Wochenschrift 1894 S. 317. — Die Befugnisse des tantièmeberechtigten Handlungsagenten gehen also über das in § 91 HGB bestimmte Maß hinaus, obschon sich der Agent natürlich auch hier auf jene gesetzliche Vorschrift (als das minus) stützen kann.

5) Im Rahmen des § 615 BGB. S. oben § 28. Der Agent muß sich also den Werth desjenigen abrechnen lassen, was er in Folge des Unterbleibens seiner Vermittlerthätigkeit erspart hat oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder böswillig zu erwerben unterläßt. Es ist also nichts abzuziehen, wenn der Agent sich fortgesetzt um Vermittlungen bemüht, der Herr aber nicht abschließt oder die Geschäfte nicht genehmigt.

Die Frage wird daher erst unten in anderem Zusammenhang Erörterung finden.

Eine Betheiligung am Rohstoff kommt beim Verwahrungsvertrage vor[6]), wenn dem Verwahrer als Lohn für seine Mühe (die Hütung und Erhaltung der anvertrauten Sachen in Gefahr) ein Antheil an den letzteren bezw. dem id quod superest in Natur zugesichert worden ist. Hier bemessen sich die Rechte des Verwahrers wesentlich nach den Regeln, die wir oben verschiedentlich für Rohstoffquoten bei der Theilpacht und den Quotallohnverträgen gewonnen und entwickelt haben. Der Deponent ist und bleibt Eigenthümer der gesammten Sachen[7]); der Verwahrer kann bei der Rückgabe die Quote fordern resp. retiniren[8]). Dadurch macht sich auch die Kontrole ganz von selbst: die Feststellung des Resultates und der Quote wird sich meistens kontradiktorisch vollziehen. Der Deponent hat seinerseits die aus den §§ 260, 809 ff. BGB. entfließenden und früher schon besprochenen Rechte. Muß eine Vergütung für die Aufbewahrung nach den Umständen als stillschweigend vereinbart angesehen werden (s. § 689), so hat er auf die übliche Vergütung Anspruch, wenn er aus der partiarischen Klausel nicht soviel erhält, sofern sich nicht aus dem zu unterstellenden Verzicht auf den gewöhnlichen Lohn[9]) ein Anderes ergibt. Dies gilt besonders auch in dem Falle, wenn der Deponent die Sachen, wie er darf (§ 695), zurückgenommen hat[10]),

---

6) Vgl. oben § 62 vor Note 15.

7) Das irreguläre Depositum steht hier außer Frage. S. § 62 zu Note 21 ff.

8) Vgl. § 699 BGB und oben § 62 zu Note 12.

9) Vgl. oben § 62 Note 18 ff. in Verbindung mit dem § 38 Note 6 Gesagten.

10) Vgl. darüber v. Petrażycki, Einkommen II S. 384, dem ich jedoch in der Hauptsache nicht zustimmen kann. Wer aus der Annahme von Depositen ein Gewerbe macht, muß mit dem Rücknahmerecht der Deponenten rechnen und kann es ohne Schaden, da

bevor sie der Gefahr ausgesetzt waren[11]), vor welcher sie die Aufbewahrung schützen sollte. Hier kann der Aufbewahrer zweifellos nicht von den ganzen Sachen die Quote fordern, die für den kritischen Schutz bedungen war. Es fehlt vielmehr an dem Gewinnergebniß, das erst nach ausgestandener Gefahr zu Tage treten sollte. Es bleibt somit nur übrig, auf die gewöhnliche Vergütung für Aufbewahrung während der betreffenden Zeit, als einen der stattgefundenen Leistung des Verwahrers entsprechenden Betrag zurückzugreifen (s. auch § 699 Abs. 2 BGB).

Es ist sonach an dieser Stelle nur noch auf die dritte Quotallohnform einzugehen, welche bei den hier besprochenen Kontrakten vorkommt und in einer prozentualen Werthbetheiligung des Arbeiters an dem Gewinn des andern Theils aus der betreffenden Einzelunternehmung oder Besorgung besteht. Auch bei dem Agenturverhältniß kommt diese Art der Quote weit häufiger vor, als die Gewährung einer Tantième. Ja selbst Handlungsgehülfen werden nicht selten, statt auf Tantième, auf Gewinnbetheiligung an den von ihnen zugeführten einzelnen Geschäften angestellt[12]).

Den Modus der Betheiligung des Arbeiters an dem Gewinn aus Einzelunternehmungen haben wir bereits beim Werkvertrage kennen gelernt. Das dort darüber Aus-

---

sich das Gesammtergebniß der verschiedenen Depositalverträge gegenseitig ausgleicht.

11) Man verwechsele diesen Fall nicht mit dem anderen, wo die befürchtete Gefahr nicht eingetreten ist. In diesem letzteren ist es der Vortheil des Depositars, daß die bedungene Aufbewahrung nun um so viel leichter war. Er kann also die Quote vom Gesammtbestand verlangen.

12) Dieser Fall wurde oben bei Erörterung der Rechtsstellung des commis intéressé besonders vorbehalten (vgl. § 25 bei Note 14 ff.). Die folgenden Ausführungen beziehen sich daher auch auf den unter der letzteren Bedingung Angestellten. Vgl. auch § 65 HGB. Ein solcher Handlungsgehülfe steht in vielfacher Beziehung dem Agenten gleich.

geführte ist auch hier im Allgemeinen anwendbar; doch ergeben sich aus dem besonderen und spezifisch handelsrechtlichen Charakter der meisten hier besprochenen Geschäfte mancherlei Abweichungen. Der Lohn, der bei nicht partiarischem Betriebe hier in Frage steht, hat vielfach den Charakter einer Provision, und die Quotalberedung stellt daher nicht selten nur eine Modifikation der für die Provision bestehenden besonderen Regeln dar[13]). Freilich erfolgt dieselbe wesentlich nach Grundsätzen, welche dem Quotalwerkvertrage eigenthümlich sind.

2. Gewinnprovision und Autorantheil.

§ 66.

a) Fälligkeit.

Bei Festhaltung des eben gewonnenen Gesichtspunktes ergibt sich für die Rechtsstellung des Gewinnbetheiligten, der weder auf Tantième noch auf einen Antheil am Naturalertrage seiner Arbeit angewiesen ist, in unsern Fällen Folgendes.

In erster Linie ist das Lohnversprechen auch hier ein bedingtes und betagtes. Es ist bedingt: denn die Auszahlung des Gewinnantheils ist davon abhängig, daß die Arbeit überhaupt einen Gewinn abwirft; ingleichen hängt die Höhe der Lohnforderung von der Höhe des gemachten Gewinnes ab. Das Lohnversprechen ist aber auch betagt: denn es bedarf zunächst der Konstatirung des Gewinneintritts und seiner Höhe — eine Konstatirung, die vom Bezugsberechtigten nicht jederzeit, sondern nur zu gewissen natürlich oder usuell gegebenen Zeitpunkten verlangt werden kann. Wann das der Fall ist, beurtheilt sich verschieden bei den einzelnen Verträgen. Beim Mäkler und Kommissionär wird das Geschäft wohl auch in dieser Hinsicht

13) Ueber letztere im Allgemeinen s. § 25 Note 9ff.

unverzüglich abgewickelt, weil die Beziehung beider Theile zueinander ganz sporadisch ist. Auch das Bestehen einer sog. „Geschäftsverbindung" zwischen Beiden wird daran nicht ohne Weiteres Etwas ändern. Sie bedeutet ein wiederholtes, darum aber nicht weniger vorhandenes Einzelkontrahiren der Betheiligten über die verschiedenen in Frage stehenden Vermittelungen. Dagegen wird eine zwischen ihnen stattgefundene Kontokurrentberedung die Abrechnung hinausschieben[1]), doch liegt darin nichts dem Vermittelungs- oder gar dem partiarischen Vertrage Eigenthümliches; sie ist neben allen einzeln aber gehäuft auftretenden Kontraktschlüssen möglich. — Beim Autor und Agenten kann anderseits zufolge der Eigenthümlichkeit ihres Kontraktverhältnisses mit dem andern Theile eine Abrechnung nicht sofort erfolgen, sondern es bedarf dazu des Auszugs eines Spezialkontos von oft unendlich vielen Posten, die nicht in jedem Augenblick zu übersehen sind, sondern nacheinander eingehen. Bedarf die Aufstellung dieses Kontos schon an sich gewisser Zeit, so kann es auf der andern Seite auch nicht jederzeit (intempestive) verlangt werden; vielmehr muß sich der Bezugsberechtigte nach allgemein maßgebenden Verkehrsgrundsätzen an die in dem betreffenden Betriebe üblichen Zeiten halten[2]), wenn nichts Besonderes in dieser Hinsicht vereinbart worden ist. Beim Handlungsagenten präzisirt § 88 Abs. 4 der Handelsrechtsnovelle diesen Grundsatz dahin, daß der Agent, soweit ein Anderes nicht bedungen ist, am Schlusse eines jeden Kalenderhalbjahrs Rechnung verlangen

---

1) Das Verhältniß der sog. laufenden Rechnung hat regelmäßig nicht schon die Wirkung, daß einzelne Posten nicht für sich besonders eingeklagt werden dürfen. Vgl. Entsch. d. ROHG Bd. 12 S. 156, Bd. 20 S. 104 u. (dagegen) RG Bd. 22 S. 148. Endemann, Handelsrecht § 165 Note 3.

2) S. darüber schon oben bei der Werkverdingung § 47 bei Note 6.

darf[3]). Diese Vorschrift ist auf die hier in Frage stehende Gewinnprovision gleichfalls anwendbar.

§ 67.

b) Grundsätze der Gewinnbetheiligung.

Was die Gewinnberechnung angeht, so ist bei den in Rede stehenden Geschäften (wie bei dem Werkvertrag) zu unterscheiden zwischen den Aufwendungen und sonstigen Unkosten des arbeitenden oder dienstleistenden Theils und den Unkosten des Auftraggebers. Dienstleistender Theil sind der Agent, der Mäkler, der Kommissionär ꝛc. bezw. der Verleger, — Auftraggeber in diesem Sinn die respektiven Kommittenten und der Autor. Dagegen ist nicht stets der arbeitende oder dienstleistende Theil auch der Bezugsberechtigte in Ansehung der Quote. In dieser Hinsicht nimmt der Verlagsvertrag eine Sonderstellung ein: bei ihm ist umgekehrt der Auftraggeber der Bezugsberechtigte. Doch hat dies auf die Grundsätze der Gewinnberechnung keinen wesentlichen Einfluß. Für letztere kommt es vorzugsweise darauf an, was einerseits der arbeitende Theil und anderseits der Auftraggeber an Unkosten auf den Gewinn verrechnen dürfen oder nebenher zu fordern haben.

Die Ansprüche des arbeitenden Theils gehen in dieser Hinsicht auf Ersatz von Aufwendungen, die er zum Zweck der Ausführung der ihm aufgetragenen Besorgung gemacht hat. Letztere kann ein Geschäftsbesorger im All-

3) Nach der Denkschrift S. 77 war halbjährige Abrechnung schon früher üblich. — Die Abrechnung erfolgt hier also häufiger als die gewöhnliche Bilanz; anderseits muß der Agent, trotzdem sich seine Thätigkeit aus Einzelvermittelungen zusammensetzt, mangels besonderer Verabredung über den Lohnanspruch mit letzterem halbjährlich warten, auch wenn die Abrechnung an sich keine Schwierigkeiten bietet. Wegen der ständigen Annahme des Agenten als Vermittler werden die von ihm vollzogenen Geschäftsbesorgungen gruppenweise zusammengefaßt und honorirt.

gemeinen ersetzt verlangen, wenn er diese Aufwendungen den Umständen nach für erforderlich erachten durfte (§ 670, 675 BGB). Entscheidend ist dabei die Beurtheilung von seinem Standpunkt aus, — von diesem aber die pflichtmäßige d. h. mit gehöriger Diligenz erfolgende Beurtheilung [1]). „Zum Zweck" der Ausführung der aufgetragenen Besorgung sind lediglich solche Aufopferungen als gemacht anzusehen, welche in oder bei der Ausführung, nicht aber blos gelegentlich derselben stattgefunden haben [2]). In diesem Sinne müssen die Aufwendungen mit der speziellen Besorgung in Verbindung stehen. Der arbeitende Theil hat also nicht nur die Kosten seines Lebensunterhaltes, sondern auch die allgemeinen Betriebskosten des Gewerbes selbst zu tragen, in dessen Bereich die aufgegebene Besorgung fällt. So hat er beispielsweise seine Bureaus selbst zu miethen, die Kosten seiner Gehülfen und seines sonstigen Personals selbst zu tragen, als Verleger für die erforderliche Druckerei mit Allem was dazu gehört zu sorgen, und kann die dafür aufgewendeten Kosten weder ganz noch zum Theil dem Auftraggeber zur Last legen. Dagegen kann er die Druckkosten des speziellen Werks (Satz und Papier ꝛc.), wie wir noch unten sehen werden, dem Autor in Rechnung stellen. Diese Unkosten beziehen sich auf den speziellen Verlagsartikel. Ingleichen kann der Kommissionär Ersatz der Unkosten für die nothwendige Beförderung und Lagerung des Kommissionsgutes verlangen, weil diese Aufwendungen nicht für den Geschäftsbetrieb des Kommissionärs im Allgemeinen, sondern für die besondere Kommission gemacht sind (vgl. § 396 Abs. 2 HGB).

Dagegen haben Mäkler und Agent der Regel nach

1) Entsprechend dem hinsichtlich der Abweichung von einer ertheilten Instruktion (§§ 665, 692) Gesagten.

2) Vgl. dazu Windscheid, Pand. II § 410 N. 12—18 u. Cit. Auf die Kasuistik kann hier nicht eingegangen werden.

sämmtliche Aufwendungen allein zu tragen: der Ersatz soll hier mangels besonderer Vereinbarung in der für die Vermittelung geschuldeten Gebühr mit einbegriffen sein (vgl. § 652 Abs. 2 BGB; § 90 HBG). Bei diesen Personen vertheilen sich die allgemeinen Betriebskosten überwiegend auf die vorkommenden einzelnen fruchtlosen und erfolgreichen Vermittelungsversuche. Diese Vermittler können gar nicht anders thätig werden, als indem sie Briefe schreiben, Depeschen senden, von einem Liebhaber zum anderen eilen und ihm die Vortheile eines bestimmten Geschäftsabschlusses auseinandersetzen, ja ihn unter Umständen beim Glase Wein oder bei anderer Zerstreuung zu überzeugen suchen. Das Alles sind Aufwendungen, die der Vermittlerberuf als solcher — also der gesammte Geschäftsbetrieb des Mäklers und Agenten — mit sich bringt; der Kommittent weiß nichts davon und will davon nichts wissen. Es geht ihn das so wenig an, wie ob der Vermittler zwei oder drei Gehülfen hat, in einer oder gleichzeitig in mehreren Städten etablirt ist u. dgl., wenn auch die letztern Umstände seinen Zwecken und dem Erfolge der Vermittelung vielleicht ganz wesentlich zu Gute kommen. Die betreffenden Aufwendungen bleiben darum doch allgemeine, wie sie denn auch nicht selten gleichzeitig zur Anbahnung mehrerer Geschäftsschlüsse führen, die alle bei derselben Flasche Sekt oder derselben Sitzung im Börsenkeller abgemacht werden. Damit hat also der Kommittent prinzipiell nichts zu thun.

Aehnlich verhält es sich auf Seiten des anderen Betheiligten — des regelmäßigen Quotenschuldners. Bei diesem handelt es sich nicht sowohl um Aufwendungen als um Abschreibungen. Die Quote ist hier regelmäßig Antheil vom Reingewinne aus der fraglichen Geschäftsbesorgung[3]), schon weil die gewöhnliche Lohnform der Pro-

3) Anders als beim Werkvertrag. Vgl. oben § 49 zu Note 2 ff.

vision sich bei den meisten derselben vom Reinertrag berechnet[4]) und die Gewinnprovision nur eine Abart der letzteren ist[5]). Auch der Verlagsvertrag auf Gewinnbetheiligung des Autors ist regelmäßig so gemeint, daß die Druckkosten von dem zur Vertheilung kommenden Ertrag des Werkes vorweg abgezogen werden sollen. Im Uebrigen besteht im letzteren Fall der Unterschied, daß der Geschäftsbesorger den Gewinn für eigene Rechnung einzieht und dem Autor den Reinantheil verschuldet, während in allen andern Fällen der Auftraggeber den Gewinn macht und den Geschäftsbesorger mit der Quote zu entlohnen hat. Immerhin hat gerade auch der Verleger einen oft weitverzweigten Geschäftsbetrieb, welchem der Autor in kaum anderer Weise als Gläubiger der Quote gegenübersteht, wie der Agent, Mäkler oder Kommissionär dem Kommittenten, für den sie ein Geschäft vermittelt haben.

Reden wir also — zur Umfassung sämmtlicher Fälle — hier nur vom Bezugsberechtigten der Quote und ihrem Schuldner, so fragt sich wieder, welche Betriebskosten des Quotenschuldners sich der Berechtigte in Abzug bringen lassen muß. Da der geschuldete Antheil, wie wir sahen, regelmäßig Reinantheil ist, so hat der Quotenschuldner jedenfalls das Recht, die sich auf das vermittelte Geschäft bezw. die verlagsmäßige Verbreitung des überlassenen Werks beziehenden Unkosten (Druckkosten, Skonti u. dgl.) vom Ertrage abzuziehen, aber auch hier wieder nicht die mit dieser Besorgung nicht unmittelbar zusammenhängenden allgemeinen Betriebskosten. Das widerspräche

---

Nur die Verwahrung folgt als partiarischer Kontrakt in dieser Hinsicht der Regel des Werkvertrags. S. oben § 62 zu N. 16ff.

4) Nur bei der sog. Umsatzprovision des Agenten oder Handlungsgehülfen wird die Gebühr vom Bruttowerthe des Geschäfts berechnet.

5) S. oben § 25.

der Spezialität des Verhältnisses in allen diesen Fällen. Auch hier macht die Quotenschuld nur einen einzelnen Geschäftsposten im Betrieb des Schuldners aus, und dieser Posten ist daher für sich zu kalkuliren, d. h. nur aus solchen Aktiven und Passiven, die ihn unmittelbar betreffen. Der Quotenschuldner kann also auch seinerseits weder die allgemeinen Kosten seines Personals, seiner Maschinen noch eine sog. Amortisationsquote dem Gewinnbetheiligten in Abzug bringen. Es gilt in dieser Hinsicht wesentlich dasselbe, wie von den Aufwendungen des arbeitenden Theils. Daß im Verlagsfall beide Aufwandsposten überhaupt zusammenfallen, ist schon erwähnt. — Die Grenze des hiernach „Allgemeinen", für das ein jeder der Betheiligten selbst zu sorgen hat, und des „Besonderen", das er wesentlich im Interesse des anderen Theils verauslagt hat und letzterem in Rechnung stellen darf, ist in concreto nicht immer leicht zu finden. Aber sie ist gegeben, und sowohl die Parteien haben sie nach bestem Wissen einzuhalten, wie das Gericht sie im Bestreitungsfalle nach freiem, prüfendem Ermessen auf erfolgten Anruf korrektorisch abzustecken hat.

Die Frage, ob und inwieweit der ausführende Theil besondere Vortheile, die ihm bei der Geschäftsbesorgung zugeflossen sind[6]), in den Gewinn einrechnen lassen muß, ist unter anderem Gesichtspunkt weiter unten zu verhandeln[7]).

§ 68.

c) Kontrole.

Auch hinsichtlich der nothwendigen Kontrole des Gewinnergebnisses ist die vorhin bemerkte Unterscheidung zwischen dem Bezugsberechtigten und Quotenschuldner resp. dem

6) In erster Linie eine ihm von dem Dritten, mit dem er das zur Vermittelung aufgegebene Geschäft zu Stande brachte, gewährte Extravergütung.

7) Vgl. unten § 72.

arbeitenden Vertragstheil und dem Auftraggeber von Wichtigkeit. Bei den vermittelnden Geschäftsbesorgungen[1]) ergibt sich zunächst ein Kontrolrecht des Kommittenten für dasjenige, was der Vermittler aus dem zu Stande gebrachten Geschäft in Händen oder sonst erlangt hat[2]). Der Vermittler hat hier dem Kommittenten nach Anleitung der §§ 666 ff. 259 BGB Rechnung zu legen und Alles aus der Geschäftsbesorgung Eingenommene herauszugeben. Für das Verhältniß des Verlegers gegenüber seinem Autor trifft diese Regelung jedoch nicht zu. Der Verleger ist nur im weiteren Sinn Vermittler[3]) und kein Geschäftsbesorger; er vollzieht nicht negotia aliena, sondern seine eigenen Geschäfte[4]). Er hat auch nicht das Eingenommene herauszugeben, sondern erwirbt für sich: er schuldet nur — ebenso wie in den andern Fällen der Besteller — dem Gegner die Quote. Der Gegner (Autor), wie in den andern Fällen der Agent, Mäkler und Kommissionär ꝛc. ist es also, welchem hier mit einem geeigneten Kontrolrecht zu Hülfe zu kommen ist, damit diese Personen nicht gegenüber den Angaben des Geschäftsinhabers oder Verlegers in Ansehung des erzielten Reingewinnes recht- und schutzlos dastehen.

Dieses Kontrolrecht läuft aber auch hier auf keinerlei formelle Rechnungslegung hinaus; wesentlich aus denselben Gründen wie beim Werkvertrag (§ 48). Es handelt sich nur um vereinzelte Geschäftsposten, wegen deren der Gläubiger nur einen (sie betreffenden) Buchauszug — keinen Einblick in den Gesammtbetrieb des andern Theils verlangen kann. Dies Recht hat für den Handlungsagenten

1) Von dem Verwahrungsvertrag ist hier nicht weiter zu reden. S. oben § 65 bei Note 8.

2) Vgl. darüber § 37 zu Note 11 ff. (Eigenthum und Besitz) u. § 48 gegen Ende (Sicherungsrechte des ausführenden Theils). Weiteres Detail s. oben bei den einschlägigen Verträgen.

3) Vgl. § 63 bei Note 5.

4) S. § 37 N. 7 ff.

in § 91 HGB besondere Anerkennung gefunden. Es ist darin nur eine gesetzliche Fixirung der durch die Verhältnisse gebotenen allgemeinen Regel in einem besonders wichtigen Falle zu erblicken[5]). Für unsere Bedürfnisse geht sie nicht einmal weit genug. Denn der Gewinnbetheiligte bedarf stärkerer Kontrolmaßregeln, wenn das Bezugsrecht nicht in vielen Fällen gänzlich illusorisch werden soll. Und wenn das Recht diese Gewinnbetheiligung als Lohnform anerkennt[6]), so muß es auch die Mittel zu einer wirksamen Durchsetzung des Anspruches gewähren. Zwar wird in vielen Fällen, in denen über die Richtigkeit und Vollständigkeit des Buchauszugs ein Rechtsstreit entsteht, eine genügende Kontrole durch die Befugniß des Gerichts gegeben sein, auf Antrag oder von Amtswegen die Vorlegung der Handelsbücher des Geschäftsherrn anzuordnen (§ 46 HGB). Aber in allen Fällen kommt man doch damit nicht aus. Die Aeußerung der Denkschrift[7]): „dem Agenten — und ebenso in gleicher Lage dem Handlungsgehülfen (§ 65) — außerhalb eines Rechtsstreits Anspruch auf Vorlegung der Handelsbücher zu gewähren, sei nicht erforderlich und dem Geschäftsherrn nicht zuzumuthen", mag betreffs gewöhnlicher Provisionsansprüche Berechtigung haben; für uns ist sie nicht bindend und schon oben auf ihr richtiges Maß zurückgeführt[8]). Sogar das Reichsgericht[9]) hat anerkannt, daß das Kontrolrecht des auf Gewinnprovision angestellten Vermittlers demjenigen des auf Tantième Angestellten (commis intéressé) im Wesentlichen gleich sei. Soweit

5) Vgl. auch Entsch. d. ROHG Bd. 18 S. 1.

6) Das geschieht auch im Handelsgesetzbuch. Vgl. die Denkschrift S. 64 u. 73. Was dort vom Handlungsgehülfen gesagt ist, muß auch analogisch auf andere Fälle bezogen werden. S. auch oben § 65 Note 2.

7) Denkschrift zum Handelsgesetzbuch S. 79.

8) Vgl. die Ausführungen in § 32 zu Note 18 ff.; § 48 N. 2—4.

9) Im Urtheil v. 5. Mai 1894, Jur. Wochenschrift 1894 S. 317.

sind wir in unsern Ausführungen beim Werkvertrag nicht einmal gegangen. Es ist nur für die Fälle, in denen die prozessuale Editionspflicht der Handelsbücher nicht ausreicht bezw. die Beschränkung auf dieselbe die Parteien geradezu in einen sonst leicht vermeidlichen Prozeß hineintreiben würde, daran festzuhalten, daß die allgemeine Editionspflicht des bürgerlichen Rechts auch hier — allerdings in besonderen und engeren Grenzen als zur Ermittelung der Tantième — thatsächlich gegeben und nicht zu entbehren ist. Auch gegen den Verleger wird dem Autor meistens schon wegen der Kontrole der Anzahl der zu druckenden Exemplare eine beschränkte Einsicht der Bücher des Verlegers gestattet[10]); um wieviel mehr muß sie der Autor wegen des Gewinnergebnisses, an welchem er betheiligt ist (also zur Kontrole des darüber ertheilten Buchauszugs) fordern dürfen![11])

§ 69.

d) Verlustergebniß.

Wenn das Ergebniß der Berechnung statt des erhofften Gewinnes aus der Unternehmung, Verluste aufweist, so treffen diese in erster Linie selbstredend den Geschäftsherrn resp. (wenn die Unternehmung die Herausgabe eines geistigen Erzeugnisses betraf) den Verleger. Aber in Folge der partiarischen Lohnklausel wirkt der Verlust auch auf den andern Theil hinüber, insofern als letzterer den Lohn, die Quote, nicht erhält. Der Anspruch auf dieselbe wird inhaltlos. In voller Strenge tritt dieser Grundsatz für den Autor ein. Dieser kann gar nichts fordern[1]); er kann noch froh sein,

10) Vgl. Endemann, Handelsrecht S. 719.

11) Aber nicht unbeschränkt, wie Klostermann, Das geistige Eigenthum I (1867) S. 364 u. in Endemann's Handbuch d. HR III S. 725 will. S. dagegen Alles oben § 48 Bemerkte. Auf die im Interesse des Betriebsinhabers aufgestellten Beschränkungen ist hier nicht nochmals einzugehen.

1) Also nicht etwa einen Surrogatlohn im Sinne der obigen

daß der Vertrag ihn nicht verpflichtete, zu den Verlusten des Verlegers beizusteuern, also noch zuzuzahlen. Auch das ist eine Klausel, die hier gar nicht so selten vorkommt; und ihre verhältnißmäßige Häufigkeit beweist, daß sich der Autor, obwohl er vielleicht auch von seiner Schriftstellerei lebt, doch im Verlagsvertrag nicht stets des Risikos begibt, das mit Herausgabe von geistigen Neuschöpfungen untrennbar verbunden ist. Wie der bildende Künstler Gefahr läuft, daß das Original mißfällt, so muß bei zu verlegenden Neuschöpfungen nothwendig auch ein Theil das Risiko des Mißfallens, also des Verlustes tragen, und der Uebernehmer dieser Gewinn- oder Verlustchance ist nicht immer der Verleger. Die konkrete Vertheilung hängt vielmehr wesentlich vom Grade des Vertrauens ab, welches der Autor oder sein Werk bei dem Verleger genießen. Die Vereinbarung auf Grund der partiarischen Lohnklausel stellt eine solche Mittellinie des Vertrauens dar. Der Verleger übernimmt zwar das Verlustrisiko, nicht aber das Risiko der Zahlung eines vom schließlichen Erfolge unabhängigen Honorars. Der Autor übernimmt also bewußtermaßen die Gefahr, Nichts zu erhalten, wenn die Unkosten des Werks (§ 67) aus dem Ertrage nicht gedeckt werden. Es läßt sich hier nur sagen: pacto standum est.

Ganz anders liegt die Sache bei der gewerbsmäßigen Vermittelungsthätigkeit der Agenten, Mäkler und des Kommissionärs. Die Honorirung gewerbsmäßig geleisteter Dienste ist allgemeiner Grundsatz des Civil- und Handelsrechts[2]). Er wird für die in Rede stehenden Besorgungen der Handelsmäkler, Handlungsagenten und Kommissionäre (Spediteure) in § 354 HGB, für diejenigen der Civilmäkler noch besonders in § 653 BGB und für gewöhnliche Agenten

§§ 29 u. 46. — In Betreff des Verwahrungsvertrags (depositum) s. oben § 65 Note 9.

2) S. auch oben § 25 zu N. 8ff.

durch die allgemeinen Vorschriften der §§ 612, 632 BGB anerkannt. Es kommt hiernach im Einzelfalle darauf an, ob in der stattgefundenen partiarischen Lohnabrede dieser Vermittler ein Verzicht auf gewöhnlichen Lohn im Falle des Verlusts gefunden werden kann. Hierfür kommt in Betracht, daß einerseits der Anspruch auf Gewinnbetheiligung oft nur den Zweck verfolgt, durch die eröffnete Gewinnaussicht den Vermittler zu erhöhten Anstrengungen zu bewegen, nicht aber ihm für das Mißlingen besondere Nachtheile zu drohen, wie sie in dem Verluste des gewöhnlichen Lohns unzweifelhaft enthalten sind. Daneben ist aber auch die Möglichkeit einer Spekulationsvereinbarung nicht von der Hand zu weisen, weil namentlich die gewerbsmäßigen kaufmännischen Vermittler immerhin Leute sind, bei welchen dazu Neigung und Fähigkeit weit leichter vorauszusetzen ist, als bei gewöhnlichen Arbeitern. Doch wird es auch hier zur Annahme eines Verzichts besonderer Anhaltspunkte bedürfen, weil die erwähnte Spekulation auch ohne den in Rede stehenden Verzicht vollkommen möglich, und ohne Weiteres nicht anzunehmen ist, daß der Vermittler nicht blos in seinen Vortheil, sondern auch in seinen Nachtheil habe spekuliren wollen. — Endlich ist auch der Grund nicht außer Acht zu lassen, auf welchem in concreto der Verlust beruht. Ist letzterer nämlich durch subjektive, in der Person des Geschäftsherrn liegende Umstände hervorgerufen, z. B. weil er schlechte Waare lieferte, die in dem Konkurrenzkampf unterlag und danach nur mit Verlusten zu verkaufen war[3]), so wird man, selbst wenn der Vermittler wirklich auf die gewöhnliche Provision verzichtet hatte, ihm dennoch einen Lohnanspruch nach gewöhnlichen Grundsätzen zubilligen müssen, da er doch nur mit der Maßgabe verzichtete, daß der Geschäftsherr (Kommittent) seine

3) Vgl. auch Entsch. d. ROHG Bd. 22 S. 77 ff. — Vom Fall der culpa wird hier zunächst noch abgesehen.

Vertragspflichten genau erfüllen und es auch bei dem vermittelten Geschäft von seiner Seite an Nichts fehlen lassen werde, wovon die Erzielung des Gewinnergebnisses aus dem Geschäfte abhängt. Es ist also der Verzicht in jedem Falle so zu deuten, daß er für den Normalfall ausgesprochen ist, d. h. daß in dem zu vermittelnden Geschäfte wenigstens von Seiten des Geschäftsherrn Alles ordnungsmäßig zugeht. Ist dies nicht der Fall, so ist auch der Vermittler an den Verzicht nicht mehr gebunden und kann (wie bei dem Mangel jeder besonderen Lohnabrede) die gewöhnliche Provision bezw. die taxmäßige oder sonst übliche Vergütung fordern. Ja, wenn sich das Verhalten des Geschäftsherrn in dem vermittelten Geschäft als eine culpa gegenüber dem Vermittler charakterisiren läßt, so hat der letztere nach allgemeinen Grundsätzen einen Schadensersatzanspruch für die Beträge, die ihm dadurch aus der partiarischen Verabredung entgehen[4]).

§ 70.

e) Nichtzustandekommen des vermittelten Geschäfts.

Die Inhaltslosigkeit der partiarischen Klausel kann auch darauf beruhen, daß das in Vermittelung gegebene Geschäft der Bemühung des Vermittlers ungeachtet nicht zu Stande kommt. Geschieht dies aus dem Grunde, weil sich kein Dritter findet, der zum Abschlusse geneigt ist, so versteht sich von selbst, daß der Vermittler nichts zu fordern hat: er hat sich seines Auftrags nicht entledigt resp. nicht entledigen können. Führt er aber seinem Kommittenten geeignete Reflektanten zu und schließt dieser mit den letzteren nicht ab oder verhindert er die weitere Vermittelung durch sein Verhalten, indem er beispielsweise vor dem Abschluß des Geschäftes das Verhältniß zum Vermittler kündigt[1])

4) Nach Anleitung der obigen Ausführungen (§§ 27, 45) in demselben Falle.

1) Schließt der Geschäftsherr danach selbständig das Ge-

oder das Handelsgewerbe aufgibt, für welches die Vermittelung erfolgen sollte, so fragt sich, ob in einer solchen Sistirung der Vermittlerthätigkeit durch den Geschäftsherrn oder in der Nichtannahme der weiteren Dienste des Vermittlers ein Umstand liegt, der (ähnlich wie in der gleichen Situation beim Werkvertrage) den Besteller zur Leistung der bedungenen Vergütung oder eines entsprechenden Surrogatlohns verpflichtet. Indessen ist die Analogie des Werkvertrags abzuweisen, weil der Vermittler den Kommittenten niemals zwingen kann, durch Abschluß eines zugeführten Geschäftes anzunehmen. Vielmehr ist der Vermittler entweder wie der Kommissionär und häufig der Agent persönlich zum Abschlusse befugt: dann ist mit dem Geschäftsschlusse durch ihn der Auftrag (die Besorgung) ausgeführt, und liegt also der hier besprochene Fall nicht vor; oder der Vermittler leistet wie der Mäkler nur thatsächliche Dienste: dann gebührt ihm der Lohn für seine Thätigkeit nur dann, wenn das Geschäft vom Kommittenten abgeschlossen wird (§ 652 BGB). Ja beim Agenten sind noch weitere Voraussetzungen erforderlich (s. u.). Der Abschluß oder Nichtabschluß ist hier vollkommen in das Ermessen des Kommittenten gestellt[2]). Der Fall ist also der Nichtannahme der Dienste in gewöhnlichen Verträgen über Arbeit durchaus nicht gleichzustellen. Durch §§ 652 BGB bezw. 85, 88, 396 HGB ist daher inhaltlich auch eine entsprechende Herübernahme der für die Nichtannahme

---

schäft ab, so ist es eine andere Frage, ob der Vermittler nun die Provision bezw. den versprochenen Gewinnantheil fordern darf. Es handelt sich darum, ob man annehmen muß, daß er das Geschäft gleichwohl zu Stande gebracht hat. Vgl. über diese Frage (des Kausalzusammenhangs) oben § 60 zu Note 58 ff.

2) S. darüber oben § 60 Note 58, § 61 Note 40. Beim Agenten, der selbst nicht abschließt resp. zum Abschlusse befugt ist, gilt dasselbe. Der Geschäftsherr braucht weder abzuschließen, noch das vom Agenten ohne genügende Befugniß abgeschlossene Geschäft zu genehmigen. S. § 85 HGB.

sonstiger Dienste getroffenen Bestimmungen ausgeschlossen. Daraus folgt auch das übereinstimmend anerkannte freie Kündigungsrecht der hier in Rede stehenden Verträge. Nur beim Agenten ist (mit Rücksicht auf die ständige Annahme desselben als Vermittler für gewisse Kategorien von Geschäften und die dadurch bedingte Aehnlichkeit der Rechtsstellung mit derjenigen eines Handlungsgehülfen) die Kündigung erschwert, damit diesem Vermittler nicht die Früchte seiner aufgewendeten Bemühungen einseitig entzogen werden können[3]). Die Kündigung ist danach, wenn das Vertragsverhältniß auf unbestimmte Zeit eingegangen war, nur für den Schluß eines Kalendervierteljahrs und unter Einhaltung einer sechswöchigen Kündigungsfrist gestattet; beim Abschluß auf bestimmte Zeit vor Ablauf dieser und überhaupt zu anderen Zeiten und ohne Kündigungsfrist nur dann, wenn ein gewichtiger Grund vorliegt[4]) (§ 92 HGB). Aehnlich wenn ein Handlungsgehülfe auf Gewinnbetheiligung an den einzelnen von ihm zugeführten Geschäften angestellt ist, so kann die Lösung des Verhältnisses nur nach den oben über die Beendigung des Dienstvertrags in diesem Fall besprochenen Regeln erfolgen.

Die beschränkte Lösbarkeit des Verhältnisses bedeutet beim Handlungsgehülfen einfach, daß er für die Dauer des Vertrages seinen Lohn weiter fordern kann. Und wenn der Lohn, wie hier, in einem Gewinnantheil an einzelnen vermittelten Geschäften besteht, so reicht der Annahmeverzug des Herrn aus, um dem Angestellten eventuell, soweit die Quotallohnklausel illusorisch wird, einen Anspruch auf den Surrogatlohn nach den üblichen Sätzen für Handlungsgehülfen zu gewähren[5]). Beim Agenten dagegen läßt uns der Surro-

3) § 623 BGB würde den Agenten nur höchst unvollkommen schützen.

4) Ueber die „wichtigen Gründe" s. oben § 34 N. 9 ff. — Uebrigens ist eine anderweitige Regelung mit Rücksicht auf die selbständige Stellung des Agenten hier nicht ausgeschlossen.

5) Es ist hierzu das oben § 69 u. § 29 zu N. 4 ff. Gesagte zu

gatlohn auch im Stich[6]), wenn das Verhalten des Geschäftsherrn derart ist, daß der Agent nicht weiter vermitteln kann: z. B. wenn der Kommittent sein Geschäft aufgibt oder den Betrieb einstellt, für welchen der Agent als ständiger Vermittler angenommen war. Hier wird man sagen müssen, daß ein derartiges Verhalten des Geschäftsherrn, sofern kein zwingender Entschuldigungsgrund vorliegt, den Rahmen des Annahmeverzuges überschreitet. Eine derartige Geschäftsaufgabe oder Betriebseinstellung stellt sich dar als eine durch konkludente Handlung vorgenommene Kündigung. Ja es wird meistens wohl nicht einmal an einer ausdrücklichen Benachrichtigung des Vermittlers fehlen, daß seine Dienste aus solchem Grund nicht mehr gebraucht werden. Diese Kündigung ist — mangels Vorhandenseins eines der oben erwähnten „wichtigen Gründe“[7]) (§ 626 BGB, § 92 Abs. 2 HGB) — eine ungerechtfertigte, also Kontraktbruch gegenüber dem Agenten; um so mehr als letzterer sich in Folge des ausgemachten längeren Engagements auf die betreffende Vermittelung besonders eingerichtet, seine Dispositionen danach getroffen und mit Rücksicht auf die damit verbundene Interessenvertretung häufig kollidirende Aufträge hat ablehnen müssen. Weil der Geschäftsherr Alles dies im Agen-

---

vergleichen. — Natürlich besteht der Anspruch nur abzüglich dessen, was der Angestellte in Folge des Unterbleibens seiner weiteren Dienstleistungen erspart, durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. S. § 615 BGB und die Ausführungen beim Dienstvertrage.

6) Denn er besteht in der gewöhnlichen Provision im Sinne des § 88 Abs. 3 HGB.

7) Ein derartiger wichtiger Grund wäre hier auch die schlechte Konjunktur, die den Geschäftsherrn verhindert, noch mit Gewinn zu produziren. Es kann im Agenturvertrag nicht Absicht der Parteien sein, daß der Kommittent nur um des Agenten willen mit eigenem Verluste fortarbeiten solle. — In dieselbe Kategorie gehört auch der Konkurs des Geschäftsherrn. S. dazu § 19a KO nach Anlage II der Denkschrift zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

turvertrage stillschweigend als selbstverständlich ausbedungen hat, muß umgekehrt auch angenommen werden, daß er sich seinerseits verpflichtete, dem Agenten die eröffnete Erwerbsaussicht nicht wieder willkürlich zu entziehen; sodaß die ungerechtfertigte Kündigung innerhalb der Vertragszeit den Kommittenten schadensersatzpflichtig macht[8]).

§ 71.

f) Nichtausführung des Geschäfts.

Ist das Geschäft zu Stande gekommen, aber nicht ausgeführt, so ist der Mäklerlohn verdient, da die Gebühr gefordert werden kann, wenn das Geschäft in Folge der stattgefundenen Vermittelung zu Stande gekommen (resp. eine etwaige aufschiebende Bedingung desselben eingetreten) ist[1]). (§ 652 BGB.) Der Handelsmäkler muß überdies die Schlußnoten zugestellt haben, was er wohl regelmäßig nicht versäumen wird. Wird freilich das Geschäft nicht ausgeführt, so bleibt die partiarische Lohnklausel inhaltslos und ist gemäß den früheren Ausführungen in diesem Falle auf den Surrogatlohn zu rekurriren. Dagegen können der Agent und Kommissionär den Lohn (die Provision) nur fordern, wenn das vermittelte Geschäft zur Ausführung gekommen ist; es liegt darin für diese (ausschließlich das Interesse ihrer Auftraggeber vertretenden) Personen der

8) S. auch Entsch. d. ROHG Bd. 2 S. 331, Bd. 6 S. 180, Bd. 23 S. 329 u. d. RG Bd. 31 S. 59.

1) Nur wenn sich die Vermittelung auf die Verschaffung eines Darlehens bezog, ist der Mäklerlohn nicht eher verdient, als bis das Darlehen auch gegeben worden ist. Das pactum de mutuo dando ist noch nicht das Darlehen. Vgl. § 607 BGB gegenüber § 610 und oben § 53. Dernburg, Preuß. Privatr. II § 190 N. 20, Förster-Eccius desgl. Bd. 2 § 138 7. A. S. 281 ff. Entsch. d. OAG Dresden in Goldschmidt's Zschr. Bd. 22 S. 262. A. M. mit Unrecht RG in Bolze, Praxis Bd. 8 N. 429, weil der Auftrag ausgeführt, wenn auch der „Erfolg" noch nicht eingetreten sei! Worauf ging denn der Auftrag? Auf das Geben des Geldes oder auf Worte?!

wirksamste Antrieb, nur einwandfreie Geschäfte zuzuführen oder abzuschließen (s. §§ 88, 396 HGB). Anders verhält es sich hinsichtlich des Lohnanspruches nur, wenn die Nichtausführung des Geschäfts ausschließlich am Kommittenten liegt, also aus einem in seiner Person liegenden Grunde erfolgte; bei den durch Agenten abgeschlossenen oder zugeführten Geschäften sogar nur, wenn die Person des Gegenkontrahenten einwandfrei war, sodaß also in dieser Hinsicht kein „wichtiger Grund" zur Nichtausführung des Geschäftes vorlag. Kann hiernach der Lohn auch ohne Ausführung gefordert werden, so muß, wenn die bedungene Gewinnquote als Lohn versagt, auch hier auf die gewöhnliche Provision als Surrogat zurückgegriffen werden[2]). Soweit der Kommissionär dagegen auch in anderen als den zuletzt genannten Fällen für das nicht ausgeführte Geschäft die sog. Auslieferungsprovision verlangen kann, bestimmt sich diese ohne Rücksicht auf die partiarische Klausel nach dem Ortsgebrauch (vgl. § 396 Abs. 1).

Auch beim Verlagsvertrage endlich läßt sich von einer Nichtausführung reden; freilich nicht eines nach dem Kontrakt erst zu vermittelnden anderen Geschäftes, sondern des Verlagsunternehmens selbst. Es interessirt hier nur der Fall, wenn die Veranlassung zur Nichtausführung nicht am Autor liegt. Die Situation ist hier die gleiche wie beim Werkvertrag: die Nichtausführung kann auf objektivem Casus, subjektiven Hinderungsgründen auf Seiten des Verlegers, oder einem von letzterem zu vertretenden Umstande beruhen[3]). Doch kann der Autor, wenn der Verleger nicht entschädigungspflichtig ist, hier niemals etwas fordern, sondern nur eventuell von dem Vertrag zurücktreten. Denn ein Surrogatlohn existirt, wie schon bemerkt, hier nicht (§ 79). Daß wegen Verschuldens des Verpflichteten in allen Fällen vom Bezugsberechtigten Er-

2) Vgl. § 69 gegen Ende.

3) Vgl. darüber oben § 45, besonders bei Note 22 ff.

satz verlangt und dabei das muthmaßliche Gewinnergebniß zu Grunde gelegt werden kann[4]), versteht sich von selbst.

3. Doppelter Lohnanspruch bei Vermittelung.

§ 72.

Bei den vermittelnden Geschäftsbesorgungen sahen wir, daß hier zuweilen ein Vermittelungsauftrag von Seiten beider Kontrahenten des vermittelten Geschäfts vorliegt und vom Agenten, Mäkler oder Kommissionär ohne Pflichtverletzung angenommen werden darf. Inwieweit die Befugniß bei jedem dieser verschiedenen Vermittler geht, ist oben an den geeigneten Stellen ausgeführt. Ist die Annahme des Doppelauftrags erlaubt, so beansprucht der Vermittler von beiden Seiten den bedungenen Lohn[1]), und zwar können beim partiarischen Kontrakt folgende Kombinationen vorkommen. Der Vermittler begehrt nach Maßgabe der resp. Abmachungen

von beiden Seiten Tantième,

oder von beiden Seiten Gewinnprovision,

oder von der einen Seite Tantième und von der anderen Gewinnprovision,

oder von der einen Seite gewöhnlichen Lohn und von der anderen Tantième oder Gewinnprovision.

Hierbei erheben sich verschiedene Zweifelspunkte.

Zunächst könnte man ernstliches Bedenken hegen, dem Vermittler den doppelten Lohn überhaupt zu belassen. Es läßt sich denken, daß der Gewinn des Kommittenten aus dem vermittelten Geschäft um so viel höher gewesen wäre, als der Vermittler vom anderen Theile jetzt an Lohn erhält. Denn regelmäßig pflegt sich Jeder beim Handel

4) Vgl. § 260 CPO.

1) Anders nur im Falle des § 99 HGB, wonach der Mäklerlohn nur einmal (von beiden Parteien zur Hälfte) zu zahlen ist. Von diesem Falle wird noch unten besonders die Rede sein.

genau zu überlegen, was er aufwenden will, und die Unkosten des Geschäfts bei seinem Angebote zu berücksichtigen. Man könnte also sagen, daß der andere Theil mit Rücksicht auf die durch den doppelten Lohn an den Vermittler erhöhten Unkosten in der Sache selbst ein minderes Gebot gethan habe, als er sonst vielleicht gemacht haben würde. Auch allgemein wird ausgesprochen (l. 20 pr. Dig. mandati), daß

ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet,

ein Grundsatz, welcher in §§ 667, 675 BGB im Wesentlichen reproduzirt ist. Es wird denn auch allgemein gelehrt, daß der Mandatar Extraprovisionen und Geschenke, womit ihn der dritte Kontrahent wegen des Abschlusses aufgetragener Geschäfte zu belohnen sucht, auch wenn er redlich handelte und der Verdacht der Bestechung fern liegt, dem Mandanten in Rechnung zu stellen habe[2]). Gleichwohl ist eine Grenze einzuhalten, welche sich aus der Natur der Sache, in unserm Falle aus dem Wesen der nach den Umständen gestatteten Doppelvermittelung ergibt, und welche auch Dernburg in seiner in Anm. 2 citirten Formulirung des Problems nicht ignorirt, wenn auch nicht näher angibt[3]). In unserm Falle ist entscheidend, daß die Rechtsordnung dem Vermittler unter Umständen die Annahme

2) Dernburg, Pandekten II § 116 Note 7. Windscheid, Pand. II § 410 N. 7. Entsch. d. RG Bd. 4 S. 290, Bd. 9 S. 296. Auch in den Protokollen II. Lesung S. 2303 wird der Grundsatz für das Bürgerliche Gesetzbuch ausdrücklich wiederholt. Vgl. noch Preuß. ALR I Tit. 13 §§ 62—64, Code civil Art. 1993, Oesterreich. GB § 1009, Sächs. BGB § 1310.

3) Vielmehr spricht er daselbst ausdrücklich von der hohen, sittenreinigenden Aufgabe, welche das Recht durch Aufstellung des bezeichneten Standpunktes erfülle, und erklärt es für eine interessante und praktisch wichtige Frage, wieweit man dabei zu gehen habe. Allzu skrupellos erscheint mir freilich J. Burchard i. d. Verh. d. XXIV. deutsch. Juristentages, Gutachten II S. 288: „Der Makler soll nicht doppelten Lohn erhalten. Vergeblich fragt man: Warum denn nicht?!“

eines Doppelauftrags gestattet, in anderen Fällen nicht, — daß somit ein Unterschied anzuerkennen ist, der gegen schablonenhafte Einziehung der von der anderen Seite dem Vermittler zugewendeten Vergütung durch den Kommittenten spricht. Das Einziehungsrecht muß auf die Fälle unzulässiger Uebernahme eines Doppelauftrags beschränkt bleiben. Ginge man weiter, so könnte der Doppelauftrag als entgeltlicher überhaupt nicht mehr bestehen. Denn dazu wird sich der Vermittler doch nicht um Honorar bemühen, um es nachher im Wege des § 667 dem anderen Betheiligten, für den er das Geschäft vermittelte, wieder herauszugeben! Soweit die Uebernahme eines Doppelauftrags zulässig ist, kann überhaupt von einer „Extraprovision" in diesem Sinne nicht gesprochen werden, sondern nur von zwei durchaus gleichwerthigen Hauptprovisionen (selbständigen Vergütungen). Das was der Vermittler in solchem Fall vom andern Betheiligten aus dem mit diesem geschlossenen Vermittelungsvertrag erhält, erhält er gar nicht (im Sinne des § 667) aus der Geschäftsbesorgung für den ersten Kommittenten. Vielmehr hat er zwei ganz selbständige Besorgungen übernommen, und in jeder wird er ausschließlich honorirt. Damit stimmt auch § 654 ausdrücklich überein, aus welchem klar erhellt, daß der Vermittler, wenn der Vertrag mit einem Kommittenten dies gestattet, auch für den anderen Theil selbständig thätig sein darf. Die selbständige Thätigkeit verträgt aber auch ihren eigenen Lohn. Der letztere ist nicht aus der ersten Geschäftsbesorgung erlangt und daher nach § 667 herauszugeben. Das hat auch die Praxis nicht verkannt[4]) und die in Note 2 citirten Urtheile sprechen nicht dagegen. Ganz besonders gilt dies auch von der für das Prinzip meistens mit angeführten Entscheidung des ROHG vom 27. Juni

4) Vgl. z. B. Entsch. d. OAG zu Darmstadt v. 12. Febr. 1858 in Seuff. Archiv Bd. 14 N. 229.

1873[5]), die einen Fall des partiarischen Kontrakts behandelt und keine strengeren Grundsätze enthält. Zu einer Steigerung ist hier auch keine Veranlassung. Nicht der Vermittler ist es, welcher im partiarischen Kontrakt dem Kommittenten einen bestimmten Vortheil aus dem mit seiner Beihülfe zu schließenden Geschäfte garantirt, sondern ihm wird Betheiligung an dem Gewinne zugesagt, falls sich ein solcher aus dem geschlossenen Geschäft ergibt. Um eben den Gewinn mit größerer Sicherheit durch Abschluß des Geschäftes zu erreichen, wird der Eifer des Vermittlers durch die Gewährung eines Antheils angespornt. Wenn also das Gewinnergebniß geringer ist, so fällt dies gerade hier bis zu gewissem Umfang auch auf den Vermittler selbst zurück, so daß er beim Doppelhonorar in diesem Falle relativ schlechter steht, als bei der Ausbedingung doppelter gewöhnlicher Vergütung. Ist einmal der Doppelauftrag erlaubt, so müssen sich die beiden Kommittenten die Konsequenz, daß etwa der Andere mit Rücksicht auf die höheren Kosten Etwas weniger bietet, gefallen lassen. Dementsprechend sagt denn das letztcitirte Urtheil des ROHGs auch keineswegs, daß der auf Provision und Gewinnantheil gestellte Einkaufsagent *als solcher* seinem Kommittenten die ihm von den Verkäufern gewährten Extraprovisionen in Rechnung stellen müsse, sondern es untersucht sehr eingehend, zu welcher Sorte von Vermittlern der fragliche „Agent" gehört und *inwieweit in Folge dessen seine Befugniß ging*, vom Gegner seines Kommittenten gleichfalls Aufträge anzunehmen. Diese Befugniß wird in dem betreffenden Fall verneint und deshalb gegen den Agenten entschieden. In dieser Hinsicht wird ausgeführt, daß letzterer nicht blos als Unterhändler und unparteiischer Vertrauensmann bei den Armeelieferungen zwischen dem deutschen Kommittenten

5) Entsch. d. ROHG Bd. 10 S. 359.

und den französischen Verkäufern hin und herzugehen, sondern (als wirklicher Agent) ausschließlich die Interessen des deutschen Käufers wahrzunehmen gehabt habe. Damit sei in concreto die Annahme eines Vermittlerauftrags von der Gegenseite unvereinbar; — es ist also eine kollidirende Interessenvertretung angenommen. Es versteht sich von selbst, daß der Vermittler auf dieser thatsächlichen Basis seine Pflichten verletzt und den deutschen Kommittenten geschädigt hat. Er muß also mit Recht das von der anderen Seite Empfangene auf den Gewinn einrechnen.

Ist dagegen die Annahme eines Doppelauftrags erlaubt, so kann nach dem Gesagten der Vermittler den vollen Lohn von jeder Seite fordern — bestehe er nun in gewöhnlicher Provision oder in partiarischer Vergütung. Beide Ansprüche berühren sich im Allgemeinen nicht. Schwierigkeit macht erst wieder die Honorirung des Doppelauftrags im Fall des § 99 HGB beim Handelsmäkler. Hier soll in Ermangelung besonderer Vereinbarung der Parteien über die Zahlung des Mäklerlohns oder eines abweichenden Ortsgebrauchs der Lohn von jeder Partei zur Hälfte entrichtet werden. Hat nun der eine Theil den Mäkler auf Gewinnbetheiligung am Ausgang des Geschäftes angenommen, so fragt sich, wie das mit der Vertheilung des Lohnes zu vereinigen ist, die das Gesetz hier vorschreibt. Daß die partiarische Verabredung als solche die dispositive Vorschrift des Gesetzes ausschließe, ist zu verneinen. In der partiarischen Lohnklausel allein liegt weder das Versprechen an den Mäkler, die Gewinnprovision selbst zahlen zu wollen, noch braucht eine Vereinbarung der Parteien des vermittelten Geschäfts über eine anderweitige Lohnvertheilung, als das Gesetz sie vorschreibt, vorzuliegen. Im Gegentheil, das ganz besondere Interesse, welches der eine Theil an dem Vertragsschluß hat und das ihn überhaupt zu der Betheiligung des Vermittlers am Re-

sultate des Geschäfts bestimmt, wird ihm dem andern Kontrahenten gegenüber in dieser Hinsicht Schweigen auferlegen. Daher wird denn ein solcher Kommittent oft wohl mit dem Vermittler einen doppelten Vertrag abschließen: einen offenen über gewöhnlichen Lohn (die allgemeine übliche Mäklergebühr), welcher darauf berechnet ist, dem Gegner mitgetheilt und von ihm zur Hälfte getragen zu werden, und einen geheimen oder besonderen über die Betheiligung des Mäklers an den Vortheilen, die der Versprechende aus dem beabsichtigten Geschäft erhofft. Bei dieser Zweitheilung ergibt sich ohne Weiteres, daß nur der gewöhnliche Mäklerlohn, nicht die danebenstehende besondere Verabredung in den Bereich des § 99 fällt. Aber auch ohne ein solches Doppelversprechen gestaltet sich das Resultat kaum anders. Denn keinesfalls kann doch der Sinn des § 99 der sein, daß ein gutgläubiger Dritter, welcher sich auf die ihm von einem Mäkler gemachten Propositionen einläßt und daraufhin, ohne vom Lohn zu sprechen, den Vertrag abschließt, damit für jeden noch so übertriebenen Mäklerlohn zur Hälfte aufzukommen hätte, den der Andere in seinem eigenen Interesse dem Mäkler versprochen hat. Es wird vielmehr hier die juristische Konstruktion des Anspruchs praktisch, welcher dem Mäkler aus § 99 HGB dem andern Kontrahenten gegenüber zusteht[6]). Hat dieser Anspruch nur den Charakter einer actio cessa, beruhend auf einem gesetzlichen Eintritt des Dritten in den Mäklervertrag, so wird es schwer halten, den gutgläubigen Dritten vor der Klage auf einen übertriebenen Mäklerlohn zu schützen: er wird das Opfer der einseitigen Interessen der anderen Partei. Nach unserer Auffassung dagegen liegen zwei selbständige Mäklerverträge (von Seiten jedes Kommittenten mit dem gemeinsamen Vermittler) vor. Diese Auffassung löst alle Schwierigkeiten ganz von selbst. Wer sich der Dienste des

6) Vgl. darüber oben § 60 bei Note 48 ff.

Handelsmäklers bedient, der kontrahirt mit ihm, d. h. verspricht ihm Lohn für die gelungene Vermittelung wie überall bei diesem Vertrage. Ist kein bestimmter Lohn bezeichnet, so tritt die allgemein übliche oder taxmäßige Vergütung ein (§ 653 BGB), bezw. hier auf Grund des § 99 HGB davon die Hälfte. Was der andere Theil dem Mäkler darüber hinaus sonst noch versprochen hat, geht den ersteren Theil nichts an: auf mehr als die taxmäßige (übliche) Vergütung bezw. deren Hälfte hat er nicht kontrahirt[7]). Sie kann ihm also auch vom Mäkler auf Grund des 99 nicht abgefordert werden. Den Rest des Lohns hat Der zu zahlen, der ihn versprochen hat. Daraus ergibt sich also, daß in unserem Fall der Mäkler von dem Kommittenten, welcher den partiarischen Lohn versprach, aus § 99 HGB die ganze Lohnquote abzüglich der Hälfte des sog. Surrogatlohns (der üblichen Vergütung, die der andere Theil verschuldet) fordern darf; vom Andern nur die halbe übliche Vergütung[8]). Haben beide Kommittenten partiarisch kontrahirt und beide am vermittelten Geschäft gewonnen, so folgt daraus die Unanwendbarkeit des § 99, da sie keinen Zweck hätte. Das Resultat bleibt hier, daß Jeder seine Quote ganz zu zahlen hat. Hat ein Theil am Geschäft verloren, so ist das Resultat das gleiche, wie wenn nur ein Theil partiarisch kontrahirte. Der Verlierende hat die Hälfte des (gewöhnlichen) Surrogatlohns, der andere Theil von seinem Gewinn die Quote abzüglich jener Summe zu entrichten.

7) Eine Abweichung könnte nur aus dem Umstand folgen, daß der eine Theil die von dem anderen dem Handelsmäkler bewilligte höhere Vergütung kennt.

8) Die Fälligkeit betreffend, so kann die Hälfte des gewöhnlichen Lohns sofort wie beim einfachen Vertrag, — die Lohnquote, soweit sie nach dem hier Gesagten verschuldet wird, erst nach Feststellung des Ergebnisses nach Maßgabe von § 66 oben gefordert werden. Dies gilt auch für die weiteren Fälle.

Fünftes Kapitel.

Antheilsausschreibung.

I. Begriff.

§ 73.

Die Antheilsausschreibung ist ein Fall der Auslobung. M. a. W. es kann auch die Auslobung ein partiarisches Geschäft sein; freilich nicht jede, sondern nur bestimmt geartete Auslobungen. Das ist im Folgenden zunächst näher darzuthun und zu begrenzen.

Auslobung ist das öffentlich bekannt gemachte Versprechen der Belohnung für eine Leistung, die ein Dritter — eine einstweilen noch unbestimmte Person — vornehmen wird. Auch hier steht also Leistung gegen Leistung: dasjenige, was durch das öffentliche Versprechen dem Dritten ausgesetzt ist, hat den Charakter einer Belohnung für dessen eigene Leistung (s. auch ausdrücklich § 657 BGB). Also auch hier liegt kein freigebiges Geschäft vor[1]). Es dient vielmehr die Auslobung dem wirth-

1) Es ist hier daran zu erinnern, daß wir nur von belastenden Geschäften reden. S. oben § 1, § 62 Note 10 u. a. Unentgeltliche Geschäfte sind nicht in unserem Sinne partiarisch. S. jedoch wegen des sog. partiarischen Modus unten §§ 75 ff. — Daß die Belohnung nicht nur in einer festen, sondern auch in einer Quotalleistung bestehen kann, ist nach § 657 BGB nicht zu bezweifeln. Der Ausdruck „Belohnung" ist so unbestimmt, wie in §§ 535, 581, 611, 631 die Worte: „Zins" und „Vergütung".

schaftlichen Ausgleich verschiedener Interessen durch wechselseitige Leistungen; wenn auch vielleicht zunächst nur der Auslobende, nicht der Dritte diesen Ausgleich im Auge hat.

Es ist nämlich die Auslobung nach heutigem Recht unzweifelhaft ein einseitiges Rechtsgeschäft, wie dies in letzter Zeit schon überwiegend auch für das gemeine und andere Rechte angenommen worden ist. Auf die verschiedenen versuchten Konstruktionen[2]) ist heute nicht mehr einzugehen;

2) Diejenigen, welche in der Auslobung schon bisher ein einseitiges, den Erklärenden verpflichtendes Versprechen erblickten, waren doch keineswegs über die Grundlage dieser Verpflichtungskraft einig. Während die Einen Anlehnung an die römische pollicitatio bezw. das votum (für Kirche und fromme Zwecke) suchten — vgl. z. B. Puchta, Pand. § 259, Arndts, Pand. § 241, Sintenis, Gem. Civilr. II § 96 N. 58, Kuntze zu Holzschuher III S. 297 ff. — erklären Andere die Neubildung schlechtweg aus dem Verkehrsbedürfniß. So Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund (1873) S. 91, Unger in Grünhut's Zeitschr. Bd. 1 S. 370, Hofmann, Die Entstehungsgründe der Obligation (1874) S. 38 ff. 45, Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung (1877) S. 274, Stobbe, Deutsch. Privatr. III § 171 Ziff. II, Beseler, System d. D. Pr.Rs I S. 477, Dernburg, Pand. II § 9 zu N. 9 u. Preuß. Privatr. II § 12 Ziff. 2, Hasenöhrl, Oesterreich. Obligationenrecht II S. 10, Oertel, D. L. v. d. Auslobung (1895) S. 43 ff. — Auf der andern Seite waren auch die Vertreter der Vertragstheorie (die Auslobung sei Angebot zu einem Vertrage an eine incerta persona, der mit der Leistung zum Abschluß komme) im gemeinen Recht noch zahlreich. Hierher gehören Bülow, Abh. über einz. Mat. d. bürg. Rechts I S. 271, Unterholzner, Schuldverh. I S. 53, Schütze in Bekker u. Muther, Jahrb. d. gemeinen Rechts Bd. 5 S. 33, Ihering i. d. Jahrb. f. Dogmatik Bd. 4 S. 93, Bd. 7 S. 173, 380, Regelsberger, Civilrechtl. Erörterungen S. 201, Exner i. d. Krit. Vjschr. Bd. 11 S. 344, Tzschirner, De indole ac natura promissionis popularis „Auslobung" quam vocant (1869) S. 87, 101, Sohm i. Goldschmidt's Zschr. f. HR Bd. 17 S. 78 u. Pernice ebenda Bd. 20 S. 297, Schott, D. oblig. Vertrag unter Abwesenden S. 140, Vangerow, Pand. III § 603 N. 2, Windscheid, Pand. II § 308 Ziff. 1 u. A. S. auch v. Wolff, Die bindende Kraft des einseitigen Versprechens (1889) S. 34. — Dabei ist weiter streitig, welcher Art der Vertrag sei, der durch Annahme der Offerte zu Stande komme. Derselbe wird bald als einseitiger,

ebensowenig wie auf die ehemals bestrittene Frage der Klagbarkeit dieses Versprechens überhaupt[3]). Das Bürgerliche Gesetzbuch hat dankenswerther Weise diese Zweifel abgeschnitten und durch hier nicht zu entbehrenden positiven Eingriff Klarheit geschaffen. Danach ist die Auslobung ein durch sich selbst und ohne Hinzutritt eines Annahmeakts verbindliches einseitiges Versprechen des Auslobenden, wodurch dieser kraft seines Verpflichtungswillens Demjenigen zur Erfüllung verpflichtet wird, welcher die durch die Auslobung näher bezeichnete Leistung vollzogen hat[4]). Der Auslobende verpflichtet sich also durch seine alleinige Erklärung vollgültig, die ausgesetzte Belohnung Demjenigen zu entrichten, welcher die in dem Ausschreiben näher bezeichnete Handlung vorgenommen hat (§ 657). Zur Vornahme der letzteren ist Niemand verpflichtet. Wer sie jedoch vollbracht hat, kann den Auslobenden aus seinem Versprechen auf Entrichtung der Belohnung in Anspruch nehmen. Die ausgelobte Handlung (Leistung des Dritten) steht also in condicione, nicht in obligatione. Sie perfizirt, wenn sie erfolgt, das Rechtsgeschäft, — löst also aus dem bis dahin bestehenden Zustand der Schwebe den Anspruch gegen den Urheber der Erklärung auf Entrichtung der Vergütung aus. Bewirkt hiernach die Vornahme der ausgelobten Handlung als solche, d. h. als

---

bald als gegenseitiger und unter diesen bald als contractus sui generis, bald wiederum als Immominat-, Mandats- oder Arbeitsvertrag erklärt. Die Vertragstheorie wurde den Bedürfnissen des Lebens nicht gerecht.

3) Die im römischen Recht unzweifelhafte Klaglosigkeit der Auslobung behauptete Savigny Obl.R II S. 90 ff. auch noch für die Gegenwart, doch wurde diese Meinung allseitig verworfen. Die Klagbarkeit beruht auf neuerer Gewohnheit bezw. den allgemeinen heutigen Verkehrsgrundsätzen, bestärkt durch die Gesetzgebung verschiedener Staaten.

4) Eine der in § 305 vorbehaltenen Ausnahmen vom regelmäßigen Entstehen der Schuldverhältnisse durch Verträge. S. auch Motive II S. 518 ff.

reine Thatsache, die Existenz des Anspruchs auf Belohnung, so folgt, daß dieser Anspruch für den Handelnden auch dann entsteht, wenn letzterer von der Auslobung keine Kenntniß hatte, also gar nicht mit Rücksicht auf dieselbe thätig geworden ist[5]) (§ 657 i. f.). Die Bedingung ist Potestativbedingung[6]), und zwar muß sie nach dem Bürgerlichem Gesetzbuch auf Vornahme einer Handlung, insbesondere auf Herbeiführung eines Erfolgs gestellt sein. Damit treten wir in vertraut gewordene Regionen ein.

In der That handelt es sich bei dem Ausschreiben vornehmlich um Arbeitsleistungen. Zwar ist das Handeln an und für sich ein weiterer Begriff. Es steht schlechthin in Gegensatz zum dare: der Verschaffung des Eigenthums und dinglicher Rechte. Ja man würde sogar ein solches dare ausschreiben können, insofern die ausgesetzte Belohnung nicht als Aequivalent für die Zuwendung, sondern für die Vermittelung der datio zu betrachten wäre — ganz ähnlich, wie unter Umständen neben dem Kaufpreis noch Provision zu zahlen ist[7]). Auch die Auslobung dient wesentlich dem Zwecke der Vermittelung; sie ersetzt in vielen Fällen geradezu den Mäkler. Zu ihrem Wesen gehört die Oeffentlichkeit der Erklärung[8]). Die Bekanntmachung der ausgeschriebenen wie der eigenen Leistung (ausgesetzten Belohnung) erfüllt dabei dieselbe Funktion wie ein gewerbsmäßiger Vermittler, nämlich uns Reflektanten oder Liebhaber für den gewünschten wirthschaftlichen Ausgleich anzuzeigen, und dient somit der Anbahnung des letzteren. Nur die juristischen Wege sind verschiedene.

5) Durch Vornahme der Handlung wird eben nicht kontrahirt, keine Offerte des Auslobenden angenommen, sondern nur die Bedingung des Lohnversprechens verwirklicht. Dieser Punkt war ehemals besonders streitig.

6) Ihering, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 4 S. 98.

7) Vgl. Entsch. d. ROHG Bd. 3 S. 43, Bd. 12 S. 121 u. d. RG Bd. 3 S. 109.

8) Darüber des Näheren noch weiter unten.

Hiernach würde also auch bei der Ausschreibung einer datio in Wahrheit eine Handlung honorirt werden[9]): die Anzeige oder der Nachweis eines geeigneten Tradenten. Dafür würde die angegebene Belohnung geschuldet, nicht für die datio selbst, für welche die Gegenleistung vielmehr von dem speziellen Titel der Zuwendung (Kauf, Schenkung u. dgl.) abhängt. Daraus ergibt sich auch, daß eine solche Auslobung nicht häufig sein wird. Denn dem angegebenen Vermittelungsbedürfniß zum Abschluß von Kontrakten wird leichter und einfacher auf andere Weise, durch allgemeine Offerten oder öffentliche Aufforderungen zu Offerten Dritter u. dgl. genügt.

Das Handeln nun, das in der Auslobung verlangt wird, kann ein produktives oder unproduktives Handeln sein. Nur in dem ersteren Falle kommt es für uns (als Gegenstand der Antheilsausschreibung) in Betracht. Dann reden wir auch vorzugsweise von einer ausgeschriebenen Arbeitsleistung. Z. B. wenn ein Athlet 500 M. Demjenigen verspricht, der ihn im Ringkampf niederwerfen wird, so ist das Niederwerfen zwar eine Handlung, aber nicht in unserm Sinne eine produktive Thätigkeit. Ist eine solche Auslobung auch vollkommen zulässig — als partiarische kann sie gleichwohl nicht vorkommen. Aehnlich wenn Jemand einen Werth aussetzt für die erwiesene Unwahrheit einer gleichzeitigen öffentlichen Behauptung[10]), so erlangt Derjenige den Preis, der den

9) Wir reden vorzugsweise von Ausschreibung, weil Schrift und Druck die gewöhnlichen Mittel öffentlicher Erklärungen sind, wie die Auslobung sie voraussetzt. Ein bloßes Ausrufen kann zwar auch vorkommen, ist aber selten und jedenfalls für unsere „Antheilsausschreibungen" so gut wie ausgeschlossen, weil es sich dabei um kompliziertere Verhältnisse handelt als solche, in denen der Ausruf üblich ist.

10) Vgl. über die verschiedenen Möglichkeiten der Auslobung besonders Kuntze zu Holzschuher III S. 297, Tzschirner a. a. O. S. 132, Oertel S. 30.

Behauptenden der Unwahrheit überführt. Aber von irgend einer Antheilgewährung kann hier sowenig wie im vorigen Fall die Rede sein.

Für letztere ist vielmehr wie überall in unserer Lehre nur da Veranlassung, wo ein Arbeitserfolg vorliegt, der sich nach Quoten theilen läßt. Das Ausschreiben muß sich daher auf eine Handlung beziehen, die einen derartigen Erfolg verspricht. Es kann die Handlung daraufhin vom Dritten ganz in derselben Weise vorgenommen werden, wie im Dienst- und Werkvertrage. Die beiderseitigen Leistungen entsprechen sich vollkommen. So kann die Handlung lediglich als solche oder nach ihrem Erfolge ausgeschrieben sein (§ 657). Aus dem Umstand, daß die partiarische Belohnung einen Arbeitserfolg voraussetzt, ist nicht nothwendig der Schluß zu ziehen, daß nun auch das Ausschreiben sich stets direkt auf den Erfolg beziehen müsse. Vielmehr kann der Erfolg auch erst als mittelbarer aus der Handlung ins Auge gefaßt sein. Immerhin ist letzteres der seltenere Fall, da der von dem Erfolge ausgesetzte Lohn doch jedenfalls für den Handelnden — diesen Erfolg in den Mittelpunkt des Interesses rückt. Die Analogie der Thätigkeit neigt sich also unstreitig mehr derjenigen im Werkvertrage zu. Wir können somit praktisch geradezu als Regel annehmen, daß das partiarische Ausschreiben eine für die Herbeiführung eines Arbeitserfolges ausgesetzte, aus letzterem zu entnehmende Belohnung betrifft.

Damit gewinnen wir denn auch zugleich eine sichere Basis zur Bestimmung der weiteren Voraussetzungen des Antheilsausschreibens. Hauptanhaltspunkt ist das über die Betheiligung an Arbeitserfolgen in anderer juristischer Verbindung oben Ausgeführte[11]). Wir werden danach zwei besondere Fälle von Antheilsausschreibungen unterscheiden müssen.

11) Vgl. insbesondere § 38.

Zu theilen ist entweder die ausgeschriebene Leistung oder nur der Lohn. — Die ausgeschriebene Leistung ist der herbeizuführende Erfolg: das Werk des Dritten, der sich auf das Ausschreiben eingelassen und nach den Bestimmungen des letzteren auf die ausgesetzte Vergütung Anspruch hat. Diese Vergütung kann gemindert werden durch eine Gegenleistung Desjenigen, der auf das Ausschreiben hin produzirte, sofern die Gegenleistung in dem Ausschreiben selbst vorbehalten ist. Dies kommt hauptsächlich vor bei Preisbewerbungen: öffentlichen Zusagen von Preisen für Werkherstellungen[12]), insbesondere für Lösung von Aufgaben aus den Gebieten der Kunst, Wissenschaft und Technik ꝛc. Dies ist der seltenere Fall. Der Regel nach behält der Preisbewerber überhaupt das Recht an seinem Werke. In dem Ausschreiben liegt nicht, daß die Belohnung nur gegen Uebertragung des Eigenthums oder sonstigen Rechts am Werke zu zahlen sei[13]) (§ 661 Abs. 4). Umgekehrt kann der Versprechende die Aussetzung des Preises von der Uebertragung des Werks im Ausschreiben abhängig machen, z. B. den Preis für ein Theaterstück von Uebertragung des Autorrechts an diesem — sei es ganz oder zum Theil und daher auch zu ideellen Theilen; wie wir solches auch schon beim Werkvertrage (also der Anfertigung auf Bestellung) gesehen haben. Freilich wird sich ein Preisbewerber zu einer solchen Uebertragung nicht ebenso leicht bereit finden lassen als ein gewöhnlicher Werkmeister. Denn auf Preisbewerbung schaffen meist Schriftsteller oder Künstler höheren Stils, die trotz des Preisausschreibens in erster Linie für sich, nicht unmittelbar für Dritte produziren.

---

12) § 661 Abs. 4 BGB gebraucht geradezu den Ausdruck „Werk" für die Leistung des Bewerbers. — S. über den Begriff der Preisbewerbung insbesondere Kuntze zu Holzschuher III S. 300, Oertel S. 60 ff.

13) S. auch die Ausführungen Note 7—9.

Vielfach wird aber auch die beigefügte Klausel der Uebertragung inhaltlich beschränkt sein, z. B. nach Zeit und Ort und sich nicht auf das Recht am Werk im Ganzen, sondern auf gemeinschaftliche Verwerthung zu Gunsten des Autors und Urhebers der Preisbewerbung zusammen beziehen, so daß also der Autor die Verwerthung ganz oder zum Theil (für eine gewisse Zeit oder gewisse Distrikte) dem Urheber des Preisausschreibens überläßt, der davon eine Quote der erzielten Erträgnisse zurückbehält. Es wird dann also das partiarische Preisausschreiben mit der Aushaltung einer sog. Fruktifikationsquote kombinirt[14]).

Bei anderen Ausschreibungen ist nur die Belohnung partiarisch zugesichert. Hier handelt es sich meist um bloße mittelbare Arbeitserfolge. Dabei ist Antheilsausschreibung möglich, wenn der Arbeitserfolg selbst theilbar ist. Der als Belohnung ausgesetzte Antheil ist in das Ausschreiben selbst mit aufzunehmen. Damit ist dann die Quote selber ausgeschrieben. Dieselbe braucht keine Fruktifikationsquote zu sein. Z. B. es wird durch öffentliche Ankündigung Demjenigen, der den Dieb mit den gestohlenen Sachen ausfindig resp. dingfest macht, ein Drittel des zurückgebrachten Gutes zugesichert[15]) — ein Ausschreiben, das sich wohl insbesondere dann empfiehlt, wenn es dem Bestohlenen nicht so sehr auf die Bestrafung des Thäters als auf die Wiedererlangung der gestohlenen Sachen resp. die Vermeidung weiterer Vermögensverluste ankommt[16]). Weit überwiegend wird jedoch auch hier die Quote in einer bloßen Fruktifikationsquote bestehen. Hierher gehört z. B. die öffentliche

14) S. darüber ausführlich oben § 38 N. 15 ff.

15) Dies kann als Natural- oder als Werthquote gemeint sein. Vgl. oben § 30. Letzteres wohl hauptsächlich dann, wenn die betreffenden Gegenstände in Natur nicht theilbar sind.

16) Ebenso kann ohne Rücksicht auf das Vorliegen einer strafbaren Handlung eine derartige Belohnung vom Werthe der zurückgebrachten verlorenen Gegenstände ausgesetzt werden.

Zusage einer Belohnung für Denjenigen, der dem Urheber des Ausschreibens eine passende Beschäftigung nachweist oder ihm zu einer seinen Fähigkeiten entsprechenden Anstellung verhilft[17]). Hier liegt die Situation ganz ähnlich, wie bei der dem Mäkler vertraglich zugesicherten Belohnung für ähnliche Vermittelungen. Wie dort dem Mäkler, so kann hier öffentlich partiarische Vergütung versprochen werden, d. h. in diesem Fall ein Antheil Desjenigen, der dem Nachsuchenden die Stelle oder die gewünschte Beschäftigung verschafft, an den Einkünften aus dieser Stelle resp. dem Verdienst aus der in Frage stehenden Beschäftigung. Veranlassung dazu kann sein, daß der Versprechende nicht in der Lage ist, bestimmte Summen zuzusagen bevor er den betreffenden Verdienst hat, und selbst dann nur nach Verhältniß des letzteren und gewissermaßen „auf Abzahlung". Aehnlich könnte z. B. eine fahrende Kunstreiterfamilie einen Preis für das Wiederfinden des verloren gegangenen jüngsten Kindes, das für die Produktionen der Gesellschaft unentbehrlich ist, in der Art aussetzen, daß dem Wiederbringer des Kindes mehrere Tage hintereinander ein bestimmter Antheil der Einnahmen aus den Vorstellungen der Gesellschaft zugesichert würde[18]).

II. Einzelnes.

§ 74.

Eine wenigstens summarische Uebersicht der Einzelheiten[1]) des partiarischen Verhältnisses ist auch bei der Auslobung

17) Selbstredend darf die ausgeschriebene Handlung nicht unerlaubt sein: z. B. Ausschreiben zur Verschaffung einer Staatsstellung.

18) Eine Verwechselung derartiger Antheilsausschreibungen mit einem Gesellschaftsvertrag ist gänzlich ausgeschlossen, da bei der Auslobung, wie wir sahen, kein Vertrag vorliegt. Auf die Quote hat beispielsweise auch Derjenige Anspruch, der ohne Kenntniß des Ausschreibens das Kind zurückbringt oder die sonst ausgeschriebene Handlung vollzieht. S. § 657 i. f.

1) Verhältnißmäßig knapp sind sie für die gewöhnliche Auslobung auch bei Oertel behandelt.

nicht zu entbehren, um so mehr als die Gestaltung der Quotalbetheiligung von derjenigen in den verschiedenen Arbeitskontrakten nicht unerheblich abweicht. Es liegt eben kein Vertrag, sondern ein einseitiges (bindendes) Versprechen des Geschäftsurhebers vor, während die Handlung des arbeitenden Theils gar nicht geschuldet ist, sondern sich nur in condicione negotii befindet. Ist das Versprechen des Ausschreibenden somit schon für gewöhnlich bedingt[2]), so ist es bei der Antheilsausschreibung doppelt bedingt. Denn die Fälligkeit der Lohnschuld hängt nicht blos von der Vornahme der ausgeschriebenen Handlung, sondern auch vom Eintritt des Erfolges ab, von dem die Quote zugesichert ist[3]). Diese Bedingungen sind eigener Art. Oertel vertritt den Satz, daß der Auslobende, wenn er absichtlich die Erfüllung der Bedingung vereitelte, so zu behandeln sei, als wenn die Bedingung erfüllt wäre[4]). Dieser dem allgemeinen Rechte der Bedingung entsprechende Satz ist hier nicht richtig angewendet, wenn Oertel auf Grund desselben beispielsweise den Preisringer stets für den ausgesetzten Preis haften lassen will, wenn er einen von ihm proponirten Wettkampf zurückweist[5]). Den ganzen Satz faßt § 162 BGB jetzt überhaupt präziser, wenn die Straffolge des fingirten Eintritts der Bedingung daselbst nur an die Verhinderung der Bedingung wider Treu und Glauben angeknüpft wird. Damit löst sich der obige Fall schon ohne Weiteres. Was aber vollends die uns hier zumeist inter-

2) S. § 73 bei Note 6.

3) Daraus ergibt sich zugleich, inwiefern die Lohnschuld betagt ist. Denn das Resultat steht mit der Vornahme der ausgeschriebenen Handlung oder dem Eintritt des Erfolges noch nicht ohne Weiteres fest. Häufig bedarf die Quote noch erst der Berechnung. Vgl. § 47 oben.

4) Oertel, Auslobung S. 57.

5) Die Zahlungspflicht verneinen in diesem Fall übereinstimmend, wenngleich unter verschiedener Begründung, Regelsberger a. a. O. S. 205 ff., Tzchirner S. 110, Hasenöhrl II S. 13.

essirenden Fälle der Stellenvermittelung anlangt, so ergab sich schon bei den verschiedenen Vermittelungskontrakten als Prinzip, daß der Vermittler keinen Anspruch auf Benutzung der nachgewiesenen Gelegenheit hat, also des Anspruchs auf den Lohn verlustig geht, wenn seitens des Nachsuchenden gleichwohl ein Abschluß des zugeführten Geschäftes nicht erfolgt[6]). Es ist nicht anzunehmen, daß es beim einfachen Vermittelungsausschreiben anders sein kann. Vielmehr hängt jedes derartige Ersuchen, wenn es sich nicht auf bloße Honorirung des Gelegenheitsnachweises beschränkt, von dem Erfolge der Vermittelung ab, also hier von dem Antritt der Stelle, dem Ergreifen der Beschäftigung 2c., wozu der Auslobende nicht gezwungen werden kann; auch nicht in dem Sinne, daß er andernfalls den zugesagten Lohn zu zahlen hätte. Er hat den letzteren auch seinerseits nur bedingt versprochen: unter dem Präjudiz des Antritts der nachgewiesenen Stelle, des Ergreifens der vorgeschlagenen Beschäftigung. Es ist das auch von seiner Seite eine Potestativbedingung, und von einer Vereitelung derselben wider Treu und Glauben, wenn er die Stelle ausschlägt oder die Beschäftigung ablehnt, kann nicht die Rede sein. Selbst wenn es aber anders wäre, so würde beim Antheilsausschreiben dennoch der zugesagte Lohn nicht geschuldet sein[7]), wie auch auf Grund der Antheilsausschreibung nie Etwas gefordert werden kann, wenn auch das Werk gekrönt und zur Verwerthung angenommen oder die vermittelte Beschäftigung ergriffen, in allen Fällen aber der erhoffte Gewinn thatsächlich nicht gemacht ist[8]). Denn

6) Vgl. vorzugsweise § 60 Note 58 u. Cit.

7) Die Frage, inwiefern ein nachgewiesenes Verschulden des Ausschreibenden selbständige Schadensersatzansprüche des andern Teils begründen könnte, kann außer Betracht bleiben. Nach dem oben Gesagten liegt in dem Ausschlagen der Arbeit regelmäßig kein Verschulden.

8) Entsprechend wenn der Dieb gefangen, von dem gestohlenen Gute aber nichts vorgefunden wird.

aus dem letzteren ist die Belohnung ausgesetzt. Ein Surrogatlohn, wie bei der Dienst- und Werkverdingung, ist hier in keiner Weise konstruirbar.

In Ansehung der sonstigen Erfordernisse der Auslobung ist durch das Gesetz zur Zeit im Allgemeinen Klarheit geschaffen. Obenan steht die Voraussetzung der öffentlichen Bekanntmachung des Ausschreibens[9]). Sie steht mit der bindenden Kraft der einseitigen Erklärung in untrennbarem Zusammenhang. Die Verpflichtungskraft der letzteren setzt eine Form, in diesem Falle die Publizität der abgegebenen Erklärung voraus. Der öffentlichen Bekanntmachung darf Jedermann vertrauen. Er ist, wenn er die ausgeschriebene Handlung vollzieht, davor geschützt, daß das Versprechen der Belohnung vom Ausschreibenden insgeheim wieder zurückgenommen wird. Nur eine öffentliche Zurücknahme ist bis zur Vornahme der Handlung[10]) zulässig, wenn deren Bekanntmachung in derselben Weise wie die Auslobung erfolgt. Einem bestimmten Handelnden gegenüber genügt besondere Mittheilung[11]). Doch kann der Aus-

9) Dazu gehört Zugänglichkeit der Mittheilung für einen unbestimmten Kreis von Personen (Ausruf, Anschläge, Zeitungsannoncen u. dgl.). S. übrigens § 73 Note 9. Gleichgültig ist, ob viele oder nur wenige Personen im Stande sind, die ausgeschriebene Handlung vorzunehmen. S. dazu Sohm in Goldschmidt's Zschr. f. HRB 17 S. 49, Oertel S. 56.

10) D. i. bis zur Vollendung, Herstellung. (Aehnlich wie auch beim Werkvertrag das „hergestellte" Werk abzunehmen ist, nach Vollendung der Vertrag nicht mehr gekündigt werden kann. Vgl. §§ 640, 649 BGB.) Abnahme oder Anmeldung der Arbeit ist hier nicht erforderlich.

11) Also um dessen Ansprüche aus eventueller Fortarbeit auszuschließen. Alle Publizitätsvorschriften sind nur zum Schutze des gutgläubigen Verkehrs bestimmt. Durch die in Rede stehende Mittheilung wird die bona fides des Dritten ausgeschlossen. Die Mittheilung bedarf keiner besonderen Form. — So löst sich auch die Frage, ob anderweit erlangte Kenntniß des Dritten, daß der

lobende in seinem öffentlichen Versprechen dem Widerrufsrecht entsagen, und zwar gleichfalls mit bindender Kraft[12]). Einen solchen Verzicht auf Widerruf sieht das Gesetz im Zweifel in der Bestimmung einer Frist für die ausgeschriebene Handlung (§ 658), wodurch denn regelmäßig alle Preisausschreibungen unwiderruflich werden[13]). Ein unrechtmäßiger Widerruf hat selbstverständlich keine Wirkung, d. h. der Widerrufende wird von der Pflicht zur Zahlung der ausgeschriebenen Belohnung nicht befreit.

An diesen Grundsätzen wird auch bei Antheilsausschreibungen nichts geändert. Entweder ist der Widerruf berechtigt: dann löst sich das Geschäft glatt auf, und hat der Dritte nichts zu fordern. Oder der Widerruf ist unberechtigt: dann kommt es bei Preisbewerbungen trotzdem zur Preisvertheilung; der Preis kann eingeklagt werden, und dem Urheber des Preisausschreibens bleibt es überlassen, ob er die in dem Ausschreiben zu seinen Gunsten vorbehaltene Quote fordern oder darauf verzichten will. Besteht die Belohnung selber in der Quote, so wird der Dritte durch den ungerechtfertigten Widerruf an der Voll-

---

Ausschreibende zurücktrete, relevirt. Ohne jegliche Mittheilung darf der Handelnde voraussetzen, daß das Gerücht nicht richtig sei. Nur wenn ihm aus dem Verhalten des Ausschreibenden (aus konkludenten Handlungen) Zweifel entstehen, ist zu verlangen, daß er sich erkundige.

12) Da er dies kann, so weiß in Fällen, wo es nicht geschah, der Dritte, woran er ist. Er beginnt also die Arbeit auf seine Gefahr. Diese Gefahr dauert bis zur Vollendung im Sinn von Note 10. Schadensersatzansprüche (negatives Interesse) bei rechtzeitigem Widerruf sind also von Seiten des Handelnden ausgeschlossen. Ueber die früheren Ansichten vgl. Oertel S. 70 ff.

13) Denn hier ist stets Fristsetzung erforderlich. Vgl. § 661 Abs. 1. Sonst ist das Preisausschreiben ungültig. Da der Lohnanspruch hier von einer Entscheidung über die Würdigkeit der Konkurrenten abhängt, so würde andernfalls der Lohn niemals verfallen. Der Ausschreibende könnte immer einwenden, daß er noch bessere Arbeiten erwarte.

endung der Handlung (des Erfolges) nicht gehindert, und damit entsteht dann auch die Quote, auf die er nach dem Inhalt des Ausschreibens Anspruch hat[14]). Bestand der zugesagte Lohn dagegen in einem Antheil an den Erträgnissen des Werks, deren Gewinnung nach dem Inhalt des Ausschreibens dem Urheber des letzteren oblag, und weigert dieser sich auf Grund des Widerrufs der Verwerthung, so kann der Dritte ihn nach Vollendung des Werkes dazu zwingen bezw. Schadensersatz verlangen. Denn da der Ausschreibende den Lohn schuldet, so ist er auch verpflichtet, Alles zu thun, was zu der Lohngewährung nach dem Inhalt des Ausschreibens erforderlich ist.

Die Bindung des Urhebers der Ausschreibung an deren Inhalt erstreckt sich auch auf seine Erben. Es liegt ein fertiges Rechtsgeschäft von seiner Seite vor, dessen Wirkungen sich nach allgemeinen Grundsätzen auf die Erben des Geschäftsurhebers erstrecken. Die letzteren können nur soweit widerrufen, als auch ihr Autor dies gekonnt hätte[15]). Umgekehrt ist es auf Seiten des Handelnden (des Dritten, der auf das Ausschreiben hin thätig wurde) eine reine Thatfrage, ob die Fortsetzung des Werks durch seine Erben den Anforderungen des Ausschreibens entspricht. Die Handlung des Dritten steht nur in condicione und wird daher nur aus dem Gesichtspunkte beurtheilt, ob sie Erfüllung der Bedingung ist. Dabei ist die Person des Handelnden prinzipiell gleichgültig. Das Ausschreiben wendet sich an eine unbestimmte Mehrheit von Personen. Ob letztere der Bedingung zu genügen im Stande sind, ist aus der Qualität der Leistung selber zu beurtheilen. Hatte der Handelnde

14) Z. B. er setzt die Verfolgung des Verbrechers fort und bringt das gestohlene Gut thatsächlich zurück. Die widerrechtlich erfolgte Rücknahme des Ausschreibens beraubt ihn dann nicht seines Rechtes auf die Quote.

15) Also auch nur in derselben Weise öffentlich (§ 658).

die Leistung schon vollendet und ist dann gestorben, so hatte er der Regel nach die ausgesetzte Belohnung schon verdient[16]), und geht das Recht alsdann auf seine Erben über. War erst die Würdigkeit des Werkes zu beurtheilen (Preisbewerbung), so hat diese zu erfolgen. Hier macht es keinen Unterschied, ob das rechtzeitig eingesandte Werk, sofern es nur an sich den allgemeinen Preisbedingungen entspricht, ganz oder zum Theil vom Einsender oder dessen Rechtsvorgänger herrührt. Denn nur auf die Würdigkeit, nicht auf den Urheber des Werkes kommt es regelmäßig an.

Besonders schwierig ist noch die Begrenzung des Inhalts der Erklärung. Hier kommen insbesondere der Inhalt der promissio bezw. der condicio des Ausschreibens in Betracht. Dabei ist auch das Werthverhältniß beider nicht gänzlich außer Acht zu lassen[17]).

Vor Allem muß der Inhalt der Bedingung auf einen ernstlichen Verpflichtungswillen des Auslobenden hinweisen. Dieser liegt nicht vor bei vagen Anpreisungen, die auch hier[18]) keinerlei rechtliche Bedeutung haben; ebensowenig wenn dem Auslobenden jegliches Interesse an der provozirten Leistung fehlt[19]). Dagegen ist weder ein Vermögens-

16) S. oben Anm. 10.

17) Z. B. für die Frage der Ernstlichkeit der Auslobung. Vgl. Kuntze zu Holzschuher III S. 302; Oertel a. a. O. S. 54 ff.

18) Sowenig wie als dicta et promissa beim Kauf ꝛc. Die Anpreisung kleidet sich sehr häufig in die Form der Preisaussetzung („1000 Mark Dem, welcher ein gewisses Kunststück nachmacht, einen Gegenstand zu zerreißen oder zu zerbrechen im Stande ist" ꝛc.). Vgl. dazu Schütze bei Bekker und Muther Bd. 5 S. 72, Regelsberger, Erört. S. 207, Hofmann, Entstehungsgründe der Obl. S. 42 u. A. S. übrigens § 73 zu Note 10.

19) Läppische oder gänzlich interesselose Handlungen. Vgl. auch Dernburg, Pand. II § 9 Note 19. Dagegen erkläre ich den dort erwähnten Fall, daß Jemand im Wirthshaus öffentlich 100 Mark Demjenigen verspricht, welcher sein Glas am schnellsten leert, nach dem

interesse des Auslobenden an der Handlung[20]), noch überhaupt die „Nützlichkeit" der letzteren[21]) erforderlich. Ueber die Frage der Ernstlichkeit hat das Gericht unter Würdigung der Umstände nach freiem Ermessen zu entscheiden[22]). Provokationen zu unsittlichen und unerlaubten Handlungen im Wege der Auslobung sind selbstverständlich nichtig. Der Mangel trifft das ganze Geschäft (§§ 134, 138 BGB). — Was endlich die eigene (versprochene) Leistung des Auslobenden angeht, so läßt sich von ihr nur sagen, daß sie im Allgemeinen den Erfordernissen obligationsmäßiger Leistungen überhaupt entsprechen, also namentlich hinreichend bestimmt sein muß. Daß dies bei Quotenleistungen der Fall ist, ward schon bei anderen Gelegenheiten dargethan[23]). Nicht einmal das ist zu verlangen, daß die ausgesetzte Be-

---

BGB ganz anders. Man kann nicht sagen, daß dies ein läppisches oder gänzlich interesseloses Beginnen sei, welches nicht ernst genommen werden könne. Vielmehr liegt eine Wette vor, die häufig einen unsinnigen Inhalt hat und den Betheiligten doch ernst ist und auch vom Recht für Ernst genommen wird. Es erklärt sie nur für unklagbar. Daß aber eine Wette vorliegt, kann nicht bezweifelt werden. Wetteffen und Wetttrinken sind gar nicht so selten; und in unserem Fall ist es kein Hinderniß, daß Der, welcher das Wettobjekt aussetzt, dies öffentlich thut und nicht selbst mitißt und mittrinkt, sowie daß die Anderen nichts einsetzen. Beides ist nicht erforderlich. Der Urheber des Vorgangs offerirt die Wette einem Jeden, der sich am Wetteffen oder Wetttrinken betheiligen will, daß er nicht der Erste sein werde, der mit der gestellten Aufgabe fertig wird. Diese Offerte acceptiren stillschweigend Alle, die sich zufolge dessen auf den Braten oder auf ihre Gläser stürzen, um mit dem Beweis des Gegentheils die Geldsumme zu gewinnen (vgl. § 151 BGB). In der Unklagbarkeit des Anspruchs der Gewinnenden liegt ein vollkommen befriedigendes Resultat.

20) Vgl. darüber oben § 2 bes. Note 7.

21) Oder Gemeinnützigkeit des Werks. Vgl. Dernburg, Pand. a. a. O.

22) So auch mit Recht Oertel S. 54 ff. Ueber die in Betracht kommenden Gesichtspunkte vgl. daselbst S. 50 ff. u. Cit.

23) Ueber die Vereinbarkeit des Quotallohns mit dem Inhalt des § 657 s. bereits § 73 Note 1.

lohnung in Geld oder Geldeswerth besteht; doch wird dies bei versprochener Quotalentlohnung regelmäßig der Fall sein.

Auf die Frage der Konkurrenz mehrerer Handelnden — sei es daß dieselben jeder die ganze Handlung vorgenommen oder zu dem ausgeschriebenen Erfolg zusammengewirkt haben (§§ 659, 660, 661 Abs. 2 und 3) — ist hier nicht einzugehen; sie bietet für das partiarische Verhältniß nichts Besonderes. Entweder konzentrirt sich der Lohnanspruch auf Einen[24]), oder die mehreren Berechtigten beschränken sich durch Konkurrenz, erhalten also Jeder eine portio portionis. Wo Quoten möglich sind, ist auch eine derartige Untervertheilung ausführbar[25]). Auch die Berechnung und Kontrole der Ertragsquoten[26]) ist hier nicht nochmals darzustellen. Es kommen in dieser Beziehung die oben, insbesondere in §§ 48 und 49 besprochenen Grundsätze zur entsprechenden Anwendung.

Nur eines Punkts ist hier noch zu gedenken.

Wir haben gesehen, daß die Handlung des Dritten, der sich auf das Ausschreiben einläßt, lediglich in condicione, nicht in obligatione ist. So kann es kommen, daß Jemand durch seine Leistung Anspruch auf den Preis gewinnt, obschon er von der Existenz des Ausschreibens gar keine Kunde hatte (vgl. oben § 73). Geht aber der Inhalt des Ausschreibens dahin, daß der Handelnde sich gegen Empfang der ausgesetzten Belohnung selbst zu irgend etwas verpflichte, z. B. sein Werk dem Ausschreibenden in den oben

24) So bei Preisbewerbungen im Regelfalle, oder nach § 659 wegen Priorität bezw. durch's Loos.

25) Näheres über die verschiedenen Konkurrenzfälle bei Oertel S. 59 ff. u. Cit.

26) Aus der Verwerthung (Fruktifikation) des Werks. Ist letzteres selbst zu theilen, so geschieht dies, wenn nicht blos ein ideeller Antheil (Miteigenthum) eingeräumt wird, wohl meistens kontradiktorisch bei der Ablieferung.

bezeichneten Grenzen übertrage[27]) oder zur Verwerthung überlasse, so fragt sich, wodurch eine solche Verpflichtung zur Entstehung kommt. Soll der Bewerber einfach sein Werk auf den Urheber des Ausschreibens (ganz oder pro parte) übertragen, so hat er nur gegen diese Uebertragung Anspruch auf den Preis. Ohne die Uebertragung ist letzterer nicht verdient, die Bedingung des Preisausschreibens gar nicht erfüllt. Die Uebertragung wird also Zug um Zug mit Preisgewährung zu erfolgen haben.

Dieser einfachste Fall lehrt die Struktur des Rechtsverhältnisses erkennen. Wenn auch die Uebertragung nur condicio des Preisausschreibens ist, so bildet doch das condicionis implendae causa datum einen vertraglichen Thatbestand. Geht also die Bedingung des Ausschreibens dahin, daß der Leistende das Werk dem Ausschreibenden zur Verwerthung gegen Quote überlasse, so muß die rechtliche Natur des Vorgangs eine entsprechende sein. Das condicionis implendae causa promissum muß die Natur des datum theilen; d. h. auch hier kommt ein Vertrag des Dritten, der das Werk herstellte, mit dem Urheber des Ausschreibens über die bezeichnete Art der Verwerthung zu Stande. Der Leistende wird also, sei es durch die Ueberlieferung des Werkes an den Ausschreibenden zum Zwecke der Verwerthung, oder durch die Annahme des ausgesetzten Preises[28]) zur Ueberlassung der Verwerthung (Fruktifizirung) des Werkes an den Ausschreibenden nach Inhalt des Ausschreibens verpflichtet und kann davon nicht später wieder abgehen. Selbst nicht dadurch, daß er sich zur Rückgabe des Preises erbietet, soweit nicht die Voraus-

27) Vgl. auch § 661 Abs. 4 BGB.

28) Aehnlich wie bei der Schenkung unter einer Auflage. Vgl. Windscheid, Pand. II § 368 gegen Ende; Bekker, Pand. II S. 359. Wird doch ein Modus überhaupt bei einseitigen Zuwendungen, wie der Auslobung, anerkannt. Dernburg, Pandekten I § 115 bei Note 3.

setzungen des Rücktrittsrechts von gegenseitigen Verträgen — nach deren Regeln der Vertrag wohl zu behandeln[29]) — insbesondere wegen eines Verschuldens des Urhebers des Preisausschreibens vorliegen (vgl. §§ 325, 326 BGB)[30]).

29) S. auch die Analogie des § 527 BGB.

30) Daß er bei nicht ordnungsmäßiger Verwerthung auf Schadensersatz haftet, ist schon hervorgehoben. S. o. nach Note 14. Das trifft auch zu, wenn der eigentliche Lohn bezahlt, für die ausgehaltene Werkverwerthung aber eine besondere Verpflichtung übernommen ist.

Sechstes Kapitel.

Partiarischer Modus und Vertrag zu Gunsten Dritter.

I. Verhältniß von Auflage und Zuwendung.

§ 75.

Auch die Auflage ist eine unter bestimmten näheren Voraussetzungen einer Person zur Pflicht gemachte Leistung, und zwar vielfach auf eine Handlung dieser Person, für den Empfang einer Vermögenszuwendung[1]). Die Auflage bestimmt aber nicht die juristische Funktion dieser Zuwendung — bezeichnet nicht ihren materiellen Zweck, wie die im Kaufgeschäft dem andern Theile auferlegte Gegenleistung den Kaufzweck oder die dem Darlehensnehmer auferlegte Verpflichtung den Darlehenszweck bezeichnet. Son-

1) Vgl. auch Regelsberger, Pandekten I § 166 insbes. bei Note 6. Ueber den Begriff der Auflage, der als technischer erst bei den Kompilatoren des Justinianischen Gesetzeswerkes hervortritt (vgl. Pernice, Labeo III S. 12 ff.), s. noch Pfeiffer, Prakt. Ausführungen I Nr. 4, Savigny III §§ 128 ff., Dernburg, Pand. I § 115, Bekker, desgl. II S. 358. Neuestens Lammfromm, Theilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag (1897) S. 78 ff.

Auf Windscheid's Versuch, die Auflage der Kategorie der „Voraussetzung" einzureihen und dessen Abweisung in Litteratur und Praxis ist hier nicht einzugehen. Vgl. oben § 41.

Ueber donatio sub modo im Bürgerlichen Gesetzbuch s. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürger-Gesetzbuch (1897) S. 31 ff.; über erbschaftliche Auflagen Strohal, Das deutsche Erbrecht (1896), bes. S. 6 ff. u. 46.

dern die Auflage tritt als Nebenzweck zu dem in seiner rechtlichen Natur bereits erschöpfend charakterisirten Geschäft hinzu, bildet nur eine Nebenbestimmung des letzteren. Es könnte also die Auflage fehlen, ohne daß das Geschäft dadurch an sich zu einem anderen würde. Die Hinzufügung der Auflage hat den Sinn, daß das Geschäft noch eine weitere Funktion erfüllen soll; ähnlich derjenigen, welche die einfache Vermögenszuwendung schon durch den ersten Zweck empfängt, wodurch sie zum Bestandtheil eines besonderen materiell charakterisirten Geschäfts gemacht wird. Obschon letzteres auch für sich allein bestehen könnte, wird ihm nach der Absicht seines Urhebers noch eine weitere wirthschaftliche Funktion gegeben[2]).

Bei freigebigen Verfügungen[3]) liegt dieser Nebenzweck[4]) in einer wirthschaftlichen Beschränkung der Liberalität. Geht die Beschränkung dahin, daß der durch die freigebige Zuwendung Begünstigte eine gewisse Handlung vornehme, so stehen einander auch hier wieder gegenüber die Vermögensleistung des Einen und die Handlung des Anderen. Beide sind in einen bestimmten wirthschaftlichen Konnex gesetzt, ähnlich wie sie sich auch bei der Auslobung[5]) unvermittelt gegenübertreten. Freilich ist die juristische Beziehung hier eine andere, aber der partiarischen Gestaltung ist diese wie jene fähig. Besteht also die Handlung des Vermögensempfängers in einer Arbeitsleistung in dem daselbst hervorgehobenen Sinne, so ist

2) Ich sage eine wirthschaftliche Funktion, wie ich wirthschaftliche und Schenkungszwecke unterscheide. Die Auflage gehört immer zur ersteren Kategorie.

3) Ueber den Modus bei anderen Geschäften s. Dernburg, Pand. I § 115 zu Note 3.

4) Gegen die ganze Konstruktion erklärt sich Lammfromm a. a. O. bes. S. 160 ff., ohne praktisch brauchbare Resultate an deren Stelle zu setzen.

5) S. das vorige Kapitel.

kein Grund vorhanden, um der juristischen Verschiedenheit der Konstruktion willen den Schluß abzuweisen, daß auch in diesem Falle Kapitals- und Arbeitsleistung in ein ähnliches Verhältniß zueinander treten können, wie es dort der Fall war. Das ergäbe dann schon a priori ein Argument für die partiarische Gestaltung des Modus.

Freilich verliert dabei die Verschiedenheit der rechtlichen Beziehung zwischen der Kapitalzuwendung und der dem Empfänger auferlegten Verpflichtung keineswegs ihre Bedeutung. Sie unterscheidet unsern Fall sowohl von dem beim Antheilsausschreiben als dem bei den Arbeitskontrakten stattfindenden Verhältniß. Es stehen sich zwar auch hier einerseits die Vermögenszuwendung und andererseits die Verpflichtung, eine gewisse Arbeit vorzunehmen und von deren Ertrag Etwas zu leisten, d. i. eben die Quotalverpflichtung des Empfängers, gegenüber. Aber sie haben weder den Charakter von Leistung und Gegenleistung, noch kann der Vermögenszuwendung überhaupt die Eigenschaft einer entgeltlichen Zuwendung zugesprochen werden. Die in dem Geschäft steckende Liberalität wird nicht durch den Modus alterirt; weder bei erbschaftlichen[6]) noch bei freigebigen

6) Freilich leugnet eine neuere Ansicht überhaupt, daß das Vermächtniß eine Liberalität enthalte. Vgl. insbesondere G. Hartmann, Ueber Begriff und Natur der Vermächtnisse (1872) u. das Schuldvermächtniß i. Archiv f. civ. Praxis Bd. 70 S. 169; Windscheid, Pand. III § 623 N. 5; Lammfromm, Theilung ꝛc. S. 103 ff. Dagegen mit Recht Dernburg, Pandekten III § 98, und diese Auffassung entspricht auch dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Nach dessen Begriffsbestimmung (in § 1939) ist das Vermächtniß die Zuwendung eines Vermögensvortheils, ohne daß der Begünstigte als Erbe eingesetzt wird. Freilich enthält das Vermächtniß auch heutzutage nicht nothwendig eine Vermögensvermehrung; denn es kann kommen, daß dem Bedachten vom Legate nichts verbleibt (§ 2187). Aber das ist nicht nur selten (Motive V S. 206), sondern hat auch offensichtlich die gesetzliche Begriffsbestimmung nicht alterirt. Damit ist der Standpunkt der einfachen gesunden Lebensauffassung zur Geltung gebracht. Lammfromm, welcher S. 116 das Bürgerliche

Verfügungen unter Lebenden. Es hat daher bei der Schenkung mit Auflage der ganze Vorgang nicht den Charakter eines gegenseitigen Vertrages. Das geht auch aus § 527 als Auffassung des Bürgerlichen Gesetzbuches mit hinreichender Deutlichkeit hervor. Die Auflage ist nicht Entgelt, auch nicht theilweises Entgelt für die Vermögenszuwendung[7]), sondern sie liegt auf der Gabe als eine derselben beigefügte Last.

Die freigebige Zuwendung, in der die Auflage in dieser Weise Platz findet, braucht kein Vertrag zu sein. Die Hauptgeschäfte, welche die Belastung dulden, sind Schenkung, Erbeinsetzung[8]) und Vermächtniß[9]) (vgl. §§ 525 ff.,

Gesetzbuch berücksichtigt, nimmt dort auf den § 1939 gar nicht Bezug!

7) Regelsberger, Pandekten § 166 Ziff. 2.

8) Erbeinsetzung und Vermächtniß sind nicht mehr so verschiedene Dinge, wie sie es im römischen Recht waren. Es hängt das wesentlich mit den modernen Grundsätzen des Erbrechts: Solus Deus heredem facit (also dem Vorgehen der Intestaterbfolge, von der sich die Erbeinsetzung nur als eine auf dem Willen des Erblassers beruhende Abweichung darstellt) und mit der Beseitigung des Satzes: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, zusammen. Ob Jemand als eingesetzter Erbe oder als Vermächtnißnehmer anzusehen ist, hängt blos von dem Inhalt der Verfügung (der hinterlassenen Zuwendung) ab, und ist nicht selten Gegenstand der Interpretation. Bezieht sich die Zuwendung auf den ganzen oder einen Bruchtheil des Nachlasses, so erscheint der Bedachte als Erbe; bezieht sie sich auf einzelne Nachlaßgegenstände, so handelt es sich um ein Vermächtniß. Vgl. auch Strohal, Erbrecht S. 27. Es ist daher mit Grund die Erbeinsetzung auch als freigebige Verfügung zu bezeichnen; darum nicht weniger, weil die falcidische Quart beseitigt ist und der eingesetzte Erbe unter Umständen nicht nur Alles herausgeben, sondern auch noch ex propriis haften muß. Denn letzteres kann er vermeiden, indem er sich durch richtiges Verhalten die sog. beschränkte Haftung wahrt. Und im Uebrigen sind die in Note 6 hervorgehobenen Grundsätze auch hier entsprechend verwendbar.

9) Daß es schon nach gemeinem Recht Auflagen auf Erbeseinsetzungen gibt (s. z. B. Regelsberger, Pand. S. 605 Ziff. III), verkennt wieder Lammfromm bei seinen Darlegungen S. 91 ff. gänzlich. Wenn sie sich auch aus den römischen Quellen nicht nach-

1940, 2147 in Verbindung mit § 2192 BGB). Weil die Auflage nur den Charakter einer auf das Zugewendete gelegten Last hat, steht bei den von Todeswegen angeordneten Auflagen dem Beschwerten (Erben oder Vermächtnißnehmer) auch dann, wenn die Auflage zu Gunsten eines Dritten gereicht, nicht dieser Dritte als forderungsberechtigt gegenüber. Er hat keinen selbständigen Erfüllungsanspruch, wie ein Vermächtnißnehmer gegen den mit dem Legate Onerirten. Vielmehr kann die Erfüllung des Modus von gewissen hinsichtlich der Leistung selbst nicht forderungsberechtigten Personen verlangt bezw. erzwungen werden[10]) (vgl. § 2194). Wird die Erfüllung durch einen vom Beschwerten nicht zu vertretenden Umstand unmöglich oder die Auflage sonst unwirksam, so wird regelmäßig die Zuwendung nur von der Last befreit. Der Beschwerte kann also das ihm Zugewendete behalten; es sei denn, daß anzunehmen ist, der Erblasser würde die Zuwendung nicht ohne die Last gemacht haben (§ 2195). Wenn die Vollziehung jedoch durch ein Verschulden 2c. des Beschwerten unmöglich geworden ist, so wird es als muthmaßlicher Wille des Erblassers angesehen, daß der Beschwerte das Zugewendete nicht ohne die Last lukriren solle; aber es wird auch nicht soweit gegangen, ihm dieserhalb (wie wegen Undanks, Indignität) die ganze Zuwendung wieder zu entziehen. Vielmehr wird davon ausgegangen, daß die auferlegte Last den Werth der Zuwendung mindert, so daß also der Beschwerte durch des Behalten des Ganzen

weisen lassen, so kommen sie doch heute alle Tage vor. Die Beweisführung dieses Schriftstellers, die letztwillige Auflage begründe einen „vertragsmäßigen Thatbestand" (so gekünstelt sie schon für Auflagen auf Vermächtnisse ist), ist daher ganz lückenhaft und für die Gegenwart mit ihren mindestens ebenso häufigen Auflagen auf Erbeinsetzungen unbrauchbar. Bei allen seinen Haarspaltereien übersieht dieser Autor hauptsächlich eines — das Leben!

10) S. auch Strohal, Erbrecht S. 7 u. 46.

eine ungerechtfertigte Bereicherung erfahren würde: nämlich insoweit, als in dem Zugewendeten der Gegenwerth für die Erfüllung der Auflage enthalten war. Es wird daher Demjenigen, welchem der Wegfall der Beschwerten erbschaftlich zu Statten kommen würde, ein Anspruch auf Herausgabe von soviel, als zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen, nach den Grundsätzen über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zugesprochen (§ 2196), — eine eigenthümlich beschränkte condictio ob causam datorum. Dieselbe Regelung tritt ein, wenn der Beschwerte die Erfüllung der Auflage verweigert (insbesondere bei Verzug), oder auf Vollziehung rechtskräftig verurtheilt und Realexekution unmöglich ist. Uebrigens ist auch die Vorschrift des § 2196 nur dispositiv; es kann also durch einen anderweit erkennbaren Willen des Erblassers die condictio ausgeschlossen werden (vgl. § 2085 BGB)[11]).

Im Fall der Auflage auf Schenkung entsteht infolge

11) Wie umgekehrt die Rückforderung sich auf die ganze Zuwendung erstreckt, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser mangels Erfüllung der Auflage gar nichts zugewendet haben würde. Die Bestimmung des § 2196 verdient daher wohl nicht den scharfen Tadel, den Strohal S. 46 ff. ihr ertheilt. Ob die regelmäßige Beschränkung der condictio auf den Gegenwerth der Auflage zweckmäßig ist, wird erst die Erfahrung lehren können. Wir stehen hierbei vor einem gesetzgeberischen Versuch. Freilich erklärt sich auch Schollmeyer (das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch S. 33 ff.) gegen denselben; doch sind die praktischen Bedenken wohl übertrieben. Es muß hier, wie gesagt, erst die Erfahrung abgewartet werden. Richtig ist, daß, wenn die Vollziehung der Auflage keine vermögensrechtliche Aufwendung des Empfängers erforderlich macht oder die Zuwiderhandlung gegen eine durch den Modus auferlegte obligatio ad faciendum dem Urheber der freigebigen Verfügung keinen Vermögensschaden bringt, die condictio der §§ 527, 2196 keinen Inhalt hat. Aber ihr Zweck ist regelmäßig, dann einzugreifen, wenn die Erfüllung des Modus nicht erreichbar ist (s. §§ 527 Abs. 2, 2196 Abs. 2), was in den letztgenannten Fällen meistens zutrifft.

des Charakters der ersteren als bloßer Last nur eine wirthschaftliche Minderung der Schenkung, aber kein gegenseitiger Vertrag. Die hier nicht ganz so deutlich hervortretende Regelung [12]) ist derjenigen bei erbschaftlichen Auflagen durchaus analog. Das Wesen der Schenkung wird durch die auferlegte Last nicht alterirt, die Schenkung ist nach wie vor um der Bereicherung des Empfängers willen gemacht. Wird also die Erfüllung durch einen vom Beschenkten nicht zu vertretenden Umstand unmöglich, so behält er auch hier das Geschenk und ist nach dem allgemeinen Grundsatz des § 275 [13]) nur von der Last befreit. Wäre die Erfüllung der Auflage von vornherein unmöglich, so würde die auf eine solche Leistung gerichtete Vereinbarung nach § 306 nichtig sein. Das heißt aber nicht, daß nunmehr stets auch die ganze Schenkung zusammenfiele; vielmehr ist wie überall zu unterscheiden ob die hier vorliegende theilweise Unmöglichkeit der Leistung (des Modus) auch die übrigen Theile des Rechtsgeschäftes afficirt. Das ist (§ 139 BGB) nur dann der Fall, wenn nach dem Willen der Parteien — hier dem in erster Linie maßgebenden des Schenkers — anzunehmen ist, daß das Geschäft auch ohne den nichtigen Theil vorgenommen sein würde: daß also auch ohne die Auflage geschenkt

12) Sie ist denn auch schon mißverstanden worden. Lammfromm a. a. O. S. 166—167 behauptet, die ursprüngliche Unmöglichkeit der Erfüllung der Auflage vernichte nicht nur die letztere, sondern die ganze Schenkung, „infolgedessen, falls Schenker schon erfüllt haben sollte, ihm auch eine condictio auf den ganzen Gegenstand der Gabe" zustehe. Ueber die Unrichtigkeit dieser Ansicht s. das Folgende.

13) Nicht nach § 323 BGB, wie Fischer-Henle (Handausgabe) zu § 527 und Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 33 Note 2 sagen. Es liegt kein gegenseitiger Vertrag vor und ebensowenig der Fall des § 527, der die Herausgabe beim bloßen „Unterbleiben" der Moduserfüllung unter den für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen statuirt.

wäre. Sonach ist die Regelung im Wesentlichen dieselbe wie in § 2195[14]). Der Beschenkte kann das Geschenk behalten, sofern nicht anzunehmen ist, daß ihm der Schenker nur mit der Belastung schenken wollte. Unterbleibt die Vollziehung der Auflage aus sonstigen Gründen (zu vertretende Unmöglichkeit der Erfüllung, Verzug, Weigerung des Beschenkten nach rechtskräftiger Verurtheilung), so kann — vom Falle der Unmöglichkeit der Erfüllung oder der Erschöpfung der zulässigen Exekutionsmittel abgesehen — der Schenker in erster Linie die Erfüllung des Modus fordern; ein Dritter (der durch die Auflage Begünstigte) nur dann, wenn die Voraussetzungen eines Vertrags zu Gunsten Dritter (§ 328) vorliegen[15]). Ist die Durchsetzung nicht möglich oder wird davon Abstand genommen[16]), so soll der Beschwerte die Schenkung nicht ohne die Last be-

14) Nur insofern geht diese letztere Vorschrift weiter, als sie noch mehr Fälle umfaßt. Das tadelt Strohal, Erbrecht S. 47 Note 1 theoretisch mit Grund. Ich glaube aber nicht, daß praktisch eine Vorschrift Schaden bringen kann, welche der Berücksichtigung der wahren Willensmeinung des Erblassers den freiesten Spielraum läßt. Dieser Spielraum läßt eine „Gleichstellung" aller wie immer gearteten Fälle des Unwirksamwerdens der Auflage nicht aufkommen. Aus der wahrscheinlichen Absicht des Erblassers wird sie auch der Richter verschieden behandeln.

15) Infolge dieses Rechtsgebildes ist hier — anders als bei erbschaftlichen Auflagen — die Möglichkeit gegeben, daß der durch die Auflage Begünstigte auch selbst forderungsberechtigt wird. Wir werden darauf später zurückkommen. Nothwendig ist diese Rechtsgestaltung keineswegs. Auch bei der Schenkung mit Auflage ist letztere eine Last, deren Erfüllung regelmäßig nur der Schenker fordern kann, ohne daß dem Beschwerten ein selbständig forderungsberechtigter Dritter gegenübersteht.

16) Der dritte Forderungsberechtigte darf überhaupt nicht mehr befugt sein, die Erfüllung der Auflage zu verlangen (§ 527 Abs. 2). Ein etwaiges Klagerecht der Behörde nach § 525 Abs. 2 (bei einer im öffentlichen Interesse liegenden Vollziehung der Auflage) kommt, da die Behörde erst nach dem Tod des Schenkers klagen kann, nicht für ihn, sondern nur für eine Neuanstellung der Klage seitens seiner Erben in Betracht.

halten dürfen, aber auch hier nicht Alles (als ein ob causam datum) zurückgewähren. Es wird vielmehr (wie in § 2196) nur das zur Ausführung des Modus Erforderliche, als eine ungerechtfertigte Bereicherung, der Rückforderung unterworfen; — ein Rückforderungsrecht, das hier naturgemäß dem Schenker und seinen Erben zusteht. Auch ist das letztere insofern beschränkt, als es nur unter den für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen[17]) stattfindet. So muß der Schenker zunächst dem Beschenkten noch eine angemessene Frist zur Erfüllung des Modus setzen, wenn letztere noch möglich und für den Schenker von Interesse ist (§ 326). Ebenso gelten bei theilweiser Unmöglichkeit der Erfüllung die Regeln des § 325. Auf der andern Seite gleichen sich die Bestimmungen der §§ 527 und 2196 wieder in ihrem rein dispositiven Inhalt. D. h. wenn der Schenker darthun kann, daß er das Ganze nur ob causam der Erfüllung des Modus gab, so kann er auch das Ganze (vorbehaltlich der Bestimmung des § 815) zurückfordern.

Auch in anderer Hinsicht äußert sich der Charakter der Auflage als einer auf die Zuwendung gelegten Last auf's Deutlichste. Regelmäßig ist der Zuwendungsempfänger nur insoweit zur Vollziehung der Auflage verpflichtet, als er die Zuwendung selbst erhalten hat und ihre Mittel reichen[18]). So unbedingt bei der donatio sub modo, wo der Schenker erst auf die Vollziehung der Auflage klagen kann, nachdem er selbst geleistet hat (§ 525 Abs. 1), und umgekehrt auch der Beschenkte nach Annahme der Zuwendung die Erfüllung des Modus insoweit verweigern darf, als er in dem

17) Was selbstverständlich nicht heißt, daß die donatio sub modo ein gegenseitiger Vertrag sei.

18) S. auch Bekker, Pandekten II § 104 S. 201 (s), Schollmeyer, Schuldverhältnisse S. 33.

Empfangenen keinen genügenden Gegenwerth für die Vollziehung findet. Letzteres kann sowohl wegen Eviktion als wegen Mängel des Schenkungsobjekts der Fall sein. Das Weigerungsrecht des Beschenkten dauert hier solange, bis der durch den Mangel entstandene Fehlbetrag ausgeglichen wird. Ja, wenn der Beschenkte ohne Kenntniß des Mangels die Auflage vollzieht, so kann er für das über den Werth des Empfangenen hinaus Aufgeopferte vom Schenker Ersatz verlangen (§ 526). Ebenso haftet der mit einer Auflage beschwerte Vermächtnißnehmer nach § 2187 grundsätzlich für die Erfüllung des Modus nur bis zum Belaufe dessen, was er selbst aus dem Vermächtnisse erhält. Den Erben anlangend, so gehören freilich die vom Erblasser verfügten und nicht einem Dritten zur Last gelegten Auflagen zu den Nachlaßverbindlichkeiten, für welche der Erbe an sich (§ 1967) nicht blos mit dem Nachlaß, sondern mit seinem ganzen Vermögen haftet[19]). Allein der Erbe hat eine Reihe von Mitteln, um sich die sog. beschränkte (auf die vires hereditatis reduzirte) Haftung zu erhalten, und unter diesen spielen die u. A. für Auflagen gegebenen eine besondere Rolle. Die Voraussetzungen der beschränkten Haftung sind hier ungemein erleichtert. Es wird als dem Willen des Erblassers entsprechend angesehen, daß der Erbe Vermächtnisse und Auflagen nur aus dem Werth des Nachlasses, nicht aus seinem eigenen Vermögen erfüllen soll. Verliert er also nicht aus andern Gründen überhaupt die beschränkte Haftung auf den Bestand des Nachlasses[20]), so braucht er die Vermächtnisse und Auflagen ebenfalls nur aus diesem, nicht darüber hinaus aus seinem eigenen Vermögen zu erfüllen (vgl. §§ 1972, 1992).

---

19) Vgl. Strohal, Erbrecht S. 128ff.

20) Weil er sich ordnungswidrig benimmt. Vgl. z. B. §§ 1994, 2005. Hier hat er sich die unbeschränkte Haftung selbst zuzuschreiben; es liegt also auch in ihrem Eintritt dem im Text Gesagten gegenüber kein Widerspruch.

II. Partiarische Arbeitsauflagen.

§ 76.

Aehnlich wie bei dem Antheilsausschreiben nicht beliebige, sondern nur besonders geartete Handlungen als Grundlage des partiarischen Verhältnisses vorkommen können, weil nur sie geeignet sind, den Ausgangspunkt einer derartigen Betheiligung zwischen den Parteien (dem Ausschreibenden einer- und dem Handelnden anderseits) zu bilden, so sind auch die Handlungen, welche dem Empfänger einer einseitigen Vermögenszuwendung auferlegt werden können, nicht sammt und sonders fähig, ein ähnliches Verhältniß auf dem Gebiet des Modus herzustellen. Vielmehr bedarf es hierzu[1]) der ganz besonderen Belastung des Empfängers mit der Vollziehung einer Arbeitsleistung, die einen gewissen wirthschaftlichen oder ökonomischen Erfolg in Aussicht stellt. Die partiarische Belastung besteht aber nicht blos in der Verpflichtung des Empfängers zu dieser Arbeit, sondern auch zur Theilung ihres Ertrages mit dem Urheber der Vermögenszuwendung oder einem sonst durch die Auflage Begünstigten. Im ersteren Falle kommt das partiarische Verhältniß zwischen den Parteien, im letzteren zwischen dem Empfänger und dem durch die Auflage Begünstigten zu Stande.

Die Art der dem Empfänger auferlegten Arbeit ist wie oben zu begrenzen. Es ist, wie dort bereits hervorgehoben wurde, eine produktive Arbeit, um welche es sich allein handeln kann. Dabei ist letztere keineswegs beschränkt auf die verhältnißmäßig selteneren Arbeiten, die als Gegenstand eines öffentlichen Ausschreibens vorkommen. Vielmehr ist im Allgemeinen jede Art von Thätigkeit, die auch in einem Dienst- und Werkvertrage übernommen werden

1) Vgl. oben § 73, insbesondere bei Note 10 ff. Das dort Gesagte findet mutatis mutandis auch hier entsprechende Anwendung.

kann, tauglicher Gegenstand der hier in Rede stehenden Belastung. Meist wird, wie schon beim partiarischen Darlehen (s. o. §§ 53 ff.), welchem die vorliegende Situation in mehr als einer Beziehung ähnelt, hervorzuheben war, die stattgefundene Vermögenszuwendung die Arbeit des Empfängers erst ermöglichen oder doch wesentlich unterstützen. Ein Hauptfall des Modus ist, daß der Empfänger gehalten sein soll, das Empfangene in bestimmter Weise zu verwenden, — also hier zu irgend einer produktiven Thätigkeit, von deren Ertrag alsdann noch Etwas abzugeben ist. Nur muß das Abzugebende kein ein für allemal fixirtes Quantum, sondern eben eine Quote sein; wie das denn auch bei ungewissen Arbeitserträgen vielfach am nächsten liegt. Die Abgabe kann, je nach der Art der auferlegten Arbeit und ihres voraussichtlichen Erfolgs eine einmalige oder dauernde Abgabe — eine Natural- oder Werthquote sein; sodaß das partiarische Verhältniß in Ansehung der Fälligkeit, Kontrole, der zulässigen Abschreibungen u. dgl. bald mehr nach Analogie des Quotaldienst- und Werkvertrags, bald nach derjenigen des partiarischen Darlehens zu beurtheilen ist. Es bedarf in dieser Hinsicht keiner nochmaligen näheren Ausführung des Details, welche im Wesentlichen nur eine Wiederholung sein könnte. Ist eine dauernde Werthabgabe auferlegt, so hat dieselbe regelmäßig den Charakter einer Dividende. Es kann leicht sein, daß statt sub clausula zu kreditiren, einfach sub modo geschenkt oder von Todeswegen zugewendet wird; z. B. weil der Geber von der im Leben nicht selten zutreffenden Voraussetzung ausgeht, daß er das Geliehene doch nicht wiederbekommen werde. Die Situation ist dann ganz ähnlich wie beim Creditum, wo auch die Zuwendung z. B. zur Begründung oder Unterstützung eines Geschäftsbetriebes des Empfängers erfolgt, mit der Maßgabe, daß der Empfänger die erzielten Erträgnisse nicht ausschließlich für sich behalten, sondern mit

einem Anderen theilen soll. Wie dort, so steht auch hier die Abgabe in einem wirthschaftlichen Zusammenhange mit der Zuwendung — als eine Beschränkung dieser letzteren. Eine besondere Bedeutung gewinnen derartige Vergabungen, wenn sie von Eltern an ihre Kinder, oder an Verwandte im Hinblick auf das Lebensende resp. die mit dem höheren Alter des Abtretenden geminderte Arbeitsfähigkeit des letzteren erfolgen, unter Auflage an den Empfänger, den Vergabenden selbst oder andere Betheiligte (Familienglieder u. s. w.) in bestimmter Weise abzufinden[2]). Hier bezieht sich die Vermögenszuwendung meist auf ein zu bewirthschaftendes Gut, den Hof, eine Fabrik, zu deren Fortführung der Uebertragende sich außer Stande fühlt, nicht auf ein Geldkapital. Das ändert aber nichts daran, daß der Vergabende sich selbst oder den zum Betriebe gleichfalls nicht geeigneten anderen Familiengliedern Bezüge vorbehalten kann, die aus dem Ertrag der weiteren Bewirthschaftung des Guts ꝛc. durch den Empfänger fließen sollen. Geht dieser Vorbehalt nicht einfach auf Alimentation des Gebers oder auf Zahlung fester (einmaliger oder laufender) Beträge an die Abfindungsberechtigten, sondern auf eine Quote des Guts- oder Fabrikertrages, so entsteht dadurch ein partiarisches Verhältniß zwischen dem Empfänger und jenen Betheiligten, welches gerade so gut im Rahmen einer einseitigen Vermögenszuwendung den Modus, wie in einem der oben angegebenen Kreditverhältnisse den Zins, oder endlich in einem Kaufgeschäft ꝛc. die vorbehaltene Gegenleistung bilden, und als solche den Charakter einer auf dem übertragenen Gegenstande ruhenden dinglichen Last, insbesondere Reallast annehmen kann. Davon war schon die Rede (s. o. § 55). Hier ist nur noch hervorzuheben, daß derartige Quotalabfindungen verhältnißmäßig häufig und wünschens-

2) Leibgeding, Leibzucht, Altentheil, Auszug u. dgl.

werth sind, weil sie am meisten den Interessen des Empfängers, als des arbeitenden Theils, entsprechen, der bei schlechtem Geschäftsgang oder einem Darniederliegen der Landwirthschaft nicht selten zur Zahlung einer ein für allemal fixirten Summe außer Stande ist[3]). Das Gebiet derartiger Verfügungen ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch noch dadurch erweitert, daß das Pflichttheilsrecht hier nicht mehr einen Anspruch auf Hinterlassung von Erbschaftsgegenständen in natura gewährt, sondern auf eine Abfindung in Geld beschränkt ist[4]). Der Erblasser ist also nicht gehindert, namentlich die werthvolleren Nachlaßstücke, den Bauernhof, das Gut, eine Fabrik oder ein Geschäftsetablissement, damit sie in ihrem alten Bestand erhalten bleiben und zweckmäßig fortbewirthschaftet resp. fortbetrieben werden können, Denjenigen zuzuweisen, die sich zu ihrer Uebernahme am meisten eignen, und den Pflichterben auf eine bloße Geldforderung zu beschränken. Dem so erheblich abgeschwächten Pflichttheilsrechte gegenüber bedeutet es schon eine Begünstigung der abfindungsberechtigten Personen, wenn der Erblasser ihnen statt der legitima in baar einen periodischen Antheil an den Erträgnissen des Gutes, der Fabrik ꝛc. eröffnet, die er einem Anderen zu Eigenthum und zur Fortsetzung des Betriebes überwiesen hat. Die Eröffnung einer derartigen Quotalbetheiligung kann wie durch Vermächtniß — sei es mit oder ohne dingliche Belastung (Nießbrauch, Reallast u. dgl.) des Objekts — so auch durch Auflage an den Empfänger erfolgen. Freilich wird mit der letzteren Form nicht direkt dem Pflichttheilsrecht genügt, weil die Pflichterben hier keinen unmittelbaren Anspruch gegen den Nachlaß erlangen. Aber wenn nur für eine hinreichende Sicherung der Erfüllung des Modus gesorgt ist und die Auflage die

3) Vgl. Gerber (Cosack), System des deutschen Privatrechts §§ 217 u. 302, beſ. Note 10.

4) Vgl. §§ 2303 ff. BGB.

Pflichterben besser stellt, als die einfache Auszahlung der legitima in baar sie stellen würde, so ist kein Zweifel, daß dieselben von der zu ihren Gunsten getroffenen partiarischen Belastung mit Freude Gebrauch machen und den Pflichttheil fahren lassen werden. Selbst das würde sich konstruiren lassen, daß der Jahresertrag der legitima, nach dem üblichen Zinsfuß berechnet, gewissermaßen als ein Mindestanspruch der Pflichterben festgesetzt würde, unter welchen die als Abfindung ausgesetzte Ertragsquote jährlich nicht herabsinken darf, damit der Pflichttheil nicht verletzt wird. Wir haben schon mehrfach gesehen, daß die Festsetzung eines solchen Mindestanspruchs des Bezugsberechtigten sich mit dem Inhalt der partiarischen Klausel wohl verträgt.

Die besprochenen Auflagen sind sämmtlich Arbeitsauflagen. Der Empfänger der Zuwendung — bestehe sie nun in Geld oder einem sonstigen Kapital, in Ueberlassung eines Grundstücks, eines Gutes oder industriellen Etablissements — soll mit dem überlassenen Pfunde wuchern, das Kapital durch Arbeit zu einem Ertrage bringen und letzteren mit dem Zuwendenden selbst oder mit einem Dritten theilen. Er verpflichtet sich darauf durch Annahme der Zuwendung nach den darüber oben aufgestellten Regeln. Aus letzteren ergibt sich auch der fundamentale, hier gar nicht zu übersehende Unterschied des partiarischen Verhältnisses von einem Gesellschaftsvertrage. Einmal liegt überhaupt hier häufig gar kein oder nur ein Vertrag von Todeswegen vor, der nicht den Zwecken der Gesellschaft dient. Und überdies entsteht sowohl in diesem wie in zahlreichen Fällen eines Vertrages unter Lebenden, der eine solche Auflage enthält, das partiarische Verhältniß nicht zwischen den kontrahirenden Parteien, sondern zwischen dem Empfänger der Vermögenszuwendung und einem Dritten, der durch die Auflage be-

günstigt ist. Häufig kann wie wir sahen[5]) der Begünstigte aus dem zu seinem Vortheil begründeten Verhältnisse nicht einmal fordern, sondern muß die Durchführung resp. Erzwingung des Modus den dazu legitimirten Personen überlassen (vgl. § 2194). Der Charakter der partiarischen Auflage wird dadurch nicht alterirt. Im Gegentheil: kann der dritte Begünstigte selbst klagen, so erklärt sich das aus dem Gesichtspunkt eines gleichzeitigen Vertrags zu Gunsten Dritter. Endlich ist auch bei der gewöhnlichen donatio sub modo mit partiarischer Arbeitsauflage zu Gunsten des Schenkers selbst eine Verwechselung des Verhältnisses mit einem Gesellschaftsvertrage ausgeschlossen, weil die Gesellschafter einander solo consensu verpflichtet werden, während die partiarische Arbeitsverpflichtung erst mit dem Empfange der Vermögenszuwendung und zwar mit dem Empfang hinreichender Mittel zu erfolgreicher Thätigkeit beginnt. Vgl. den Schluß des vorigen Paragraphen[6]).

Anderseits hat die partiarische Verpflichtung ex modo die Eigenthümlichkeit, daß der Belastete trotz der res Nichts schuldet, wenn er den mittelst seiner Arbeit aus der Vermögenszuwendung zu machenden Gewinn nicht zieht, oder gar statt des Gewinnes Verluste hat. Eine Surrogatverpflichtung des Empfängers für den Fall, daß die partiarische Belastung versagt, existirt im Allgemeinen nicht. Doch kann sie, wie wir schon beim Pflichttheilserben sahen, als eine Art subsidiärer einfacher Belastung neben der partiarischen angeordnet werden. Eine derartige Anordnung ist auch in anderen Fällen möglich und zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse empfehlenswerth. Es wird dadurch eine Art Mindestanspruch des durch die Auflage Begünstigten bezw. ein theilweise beschränktes par-

5) Vgl. § 75 zu Note 10 u. 15.

6) Insbesondere bei Note 18 daselbst.

tiarisches Verhältniß[7]) geschaffen, das praktisch gute Dienste leistet. — Auch hier muß der Belastete übrigens die auferlegte Arbeit ordnungsmäßig vollziehen[8]). Wenn der Ertrag ausbleibt, weil er dies unterläßt, so hat er die Nichterfüllung des Modus zu vertreten, und kann von Seiten der Berechtigten entweder auf gehörigen Vollzug — eventuell, falls eine Ersatzarbeit Erfolg verspricht, durch andere Arbeitskräfte unter demnächstiger Vertheilung des Erlöses und Anrechnung der Kosten auf den Antheil des Belasteteten — bestanden werden, oder nach Maßgabe der allgemeinen in dieser Hinsicht für den Modus getroffenen Bestimmungen die condictio stattfinden (vgl. §§ 527 resp. 2196 BGB). Wenn der Belastete dagegen ohne sein Verschulden zu der ihm auferlegten Arbeit außer Stande ist, fällt nach dem oben über diesen Fall Ausgeführten regelmäßig wohl die ganze Last hinweg[9]) (vgl. §§ 275, 2195).

III. Verträge zu Gunsten Dritter.

§ 77.

Wenn bei der donatio sub modo einem Dritten — dem durch die Auflage Begünstigten — das Recht eingeräumt wird, vom Empfänger der Vermögenszuwendung die Vollziehung der Auflage zu fordern (vgl. § 527 Abs. 2), so liegt in dieser Anordnung ein Vertrag zu Gunsten Dritter[1]). Besteht die Auflage in einer Arbeitsleistung des Empfängers mit partiarischer Abgabepflicht im Sinne des vorigen Paragraphen, so kommt dadurch ein partiarisches Verhältniß mit dem Dritten, und zwar nach heutiger Auffassung unmittelbar zu Stande. Wir gelangen damit zu

7) Vgl. oben § 3 zu Ende.

8) Aehnlich wie bei der Theilpacht der Kolon, beim partiarischen Miethverhältniß der Miether u. s. w.

9) D. h. wenn kein entgegenstehender Wille des Erblassers oder des Schenkgebers erhellt. S. § 75 nach Note 10 u. 13.

1) S. schon oben § 75 Note 15.

einer neuen Kategorie von partiarischen Geschäften — solchen zu Gunsten Dritter.

Es ist noch nicht allzulange her, daß der Vertrag zu Gunsten Dritter sich in Theorie und Praxis allgemeine Anerkennung errungen hat[2]). Und kaum daß diese durch § 328 BGB nunmehr gesichert ist, soll sich dieselbe Rechtsfigur eine abermalige, so umfangreiche Erweiterung ihres Inhalts gefallen lassen? Wir hoffen, daß sie sich auch dieser letzteren gewachsen zeigen wird! Bildet doch der Nachweis der partiarischen Gestaltungsmöglichkeit der Verträge auf Leistung an einen Dritten gewissermaßen die letzte Perspektive unserer Untersuchung, indem diese Vertragsart mit der partiarischen vereint, die Mannigfaltigkeit der letzteren in ungeahnter Weise steigert, und für die praktische Brauchbarkeit derselben eine ganz neue Phase der Entwickelung eröffnet. Wie früher schon einmal die einfache donatio sub modo die Brücke war, auf welcher man zur Konstruktion klagbarer Verträge für das Vermögen eines Dritten gelangte[3]), so bildet sie in partiarischer Form für uns auch wieder den Ausgangspunkt, um zu entsprechenden Gebilden auf dem Gebiet der partiarischen Geschäfte fortzuschreiten. Besteht die auf die Schenkung gelegte Last in der Verpflichtung des Empfängers zu einer Arbeitsleistung, deren Ertrag er

2) Ich verweise in dieser Hinsicht nur auf die Zusammenstellungen bei Gareis, Die Verträge zu Gunsten Dritter (1873), Windscheid, Pandekten II § 316, Stobbe, D. Privatrecht III § 172, Dernburg, Pand. II § 18.

3) Vgl. l. 3 Cod. de don. quae sub modo (8, 54). Quotiens donatio ita conficitur, ut post tempus id, quod donatum est, alii restituatur, veteris iuris auctoritate rescriptum est, si is, in quem liberalitatis compendium conferebatur, stipulatus non sit, placiti fide non impleta, ei qui liberalitatis auctor fuit vel heredibus eius condicticiae actionis persecutionem competere. Sed cum postea benigna iuris interpretatione divi principes ei qui stipulatus non sit utilem actionem iuxta donatoris voluntatem competere admiserint, actio . . . accommodabitur.

dann mit einem Dritten theilen soll, so ist es nach dem Grundsatz der in Note 3 citirten Stelle[4]) und heute nach § 328 BGB allgemein gestattet, diese Verpflichtung auch so zu gestalten, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die partiarische Arbeitsleistung[5]) und demnächst die Quote des Ertrags zu fordern, — also ohne daß er zu diesem Zweck genöthigt wäre, dem Schenkungsvertrage beizutreten oder die zu seinen Gunsten getroffene Stipulation, gleich einer ihm von den beiden Vertragsparteien gemachten Offerte, zu acceptiren[6]). Es kommt nur darauf an, daß die Vertragsparteien die Absicht hatten, dem Dritten ein solches unmittelbares Recht wider den Schuldner zu begründen, — eine Absicht, die allerdings auch stillschweigend aus den bei dem Vertragsschluß obwaltenden Umständen hervorgehen kann[7]). In dieser Hinsicht hat der Dritte, welcher die betreffenden Rechte gegen den Schuldner geltend machen will, nach allgemeinen Grundsätzen die Beweispflicht, soweit ihm nicht das Gesetz oder die allgemeine Verkehrsauffassung mit einer Vermuthung zu Hülfe kommen. Im

4) Allgemeiner reden l. 38 §§ 20—23 Dig. de V. O. (45, 1) u. §§ 19—20 I. de inutil. stip. (3, 19). Aber sie geben für den Fall, daß der Stipulant ein mittelbares Interesse an der Leistung zu Gunsten des Dritten hat, dem Stipulanten — nicht dem Dritten selbst ein Klagerecht. Von einer auf die Zeit nach dem Tode des Stipulanten gestellten Verpflichtung handeln l. 11 Cod. de contr. stip. (8, 38) u. l. un. Cod. ut act. ab hered. (4, 11).

5) Vgl. dazu oben § 76, insbes. auch zu Note 6 u. 8.

6) Dies wurde von der richtigen Ansicht auch schon im bisherigen gemeinen Rechte angenommen. Aber in der Begründung schwankte man. Es bedarf darüber an dieser Stelle keiner besonderen Ausführung mehr.

7) In dieser Hinsicht ist im Bürgerlichen Gesetzbuch mit Recht die Ansicht von Regelsberger (Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 67 S. 4 ff.) im Prinzip angenommen. S. auch Dernburg, Pand. II § 18 N. 7. Einer etwaigen Rechtsunsicherheit wird durch gesetzliche Auslegungsregeln für die vorkommenden typischsten Fälle eines solchen Verhältnisses begegnet (s. §§ 329 ff.). Von diesen gehört nur Weniges hierher.

Prinzip entscheidet also die freie Auslegung des einzelnen Vertrages. Bei unentgeltlichen Zuwendungen gilt aber kraft Gesetzes im Zweifel die vom Bedachten einem Dritten zu machende Leistung so auferlegt, daß der Dritte sie selbstständig einfordern kann; so bei der einfachen donatio sub modo, nicht minder aber auch bei gewissen komplizirteren Abfindungsverhältnissen, deren wir schon oben im Anschlusse daran gedacht haben[8]) (vgl. § 330 Satz 2). Dieselbe Konstellation muß auch bei den entsprechenden partiarischen Anordnungen und Auflagen eintreten. Der Ausdruck „Leistung" hier und in § 328 ist noch viel allgemeiner und dehnbarer, als die Begriffe „Zins, Lohn, Vergütung oder Belohnung", denen wir bisheran[9]) begegnet sind, und welche bei anderen Arbeitsverhältnissen die Konstruktion des partiarischen Geschäfts ermöglichten. Die Schranke des Leistungsbegriffs liegt schlechthin in § 241 BGB, und bereitet der Anordnung einer Quotalleistung an den Dritten in keiner Weise Hindernisse. Danach ist der partiarische Vertrag zu Gunsten Dritter geradesoweit zulässig, als der Begriff der Leistung einerseits[10]) und der spezifische Inhalt der partiarischen Klausel anderseits es zulassen.

In letzterer Beziehung kommt vorzugsweise in Betracht, daß die partiarische Verabredung ihre innere Natur, wonach sie vor allen Dingen einen zweckmäßigen Ausgleich von Kapital- und Arbeitsleistung durch Ertragsbetheiligung am Resultat der letzteren erstrebt, auch hier nicht verleugnen kann. Es setzt also diese Klausel die Leistung einer vom Quotenschuldner zu vollziehenden produktiven Arbeit[11]) vor-

8) Natürlich nur soweit es sich dabei um eine durch Vertrag getroffene Anordnung handelt.

9) Z. B. in §§ 535, 581, 608, 611, 631, 652, 657 BGB.

10) Vgl. z. B. § 74 zu Note 19ff.

11) Entsprechend dem bei der Antheilsausschreibung und den sog. partiarischen Arbeitsauflagen Ausgeführten. S. oben §§ 73 u. 76.

aus. Mag der Versprechende[12]) das Kapital entgeltlich oder unentgeltlich erhalten haben, zu dem Bestand der partiarischen Verpflichtung ist stets erforderlich, daß der Versprechende mit diesem Kapitale oder für dasselbe eine Arbeit mit theilungsfähigem Ertrage vorzunehmen hat. Die partiarischen Geschäfte sind Geschäfte auf Betheiligung an einem Arbeitsgewinn. Wo dieser nicht einmal in Aussicht steht[13]), ist für den Typus der Quotalbetheiligung kein Raum. Wie überall, so ist auch hier eine prozentual bemessene Vergütung ꝛc. noch lange keine partiarische. Hat daher beispielsweise der Beschenkte blos von dem Empfangenen einen Bruchtheil einem Dritten abzutreten, so liegt darin kein partiarischer Vertrag zu Gunsten jenes Dritten. Das Abzutretende ist eine pars quanta, wenngleich es prozentual bestimmt und seine Höhe vielleicht im Augenblicke gar nicht zu übersehen ist. Noch weniger ist es ein partiarischer Vertrag, wenn ein Verkäufer sich ausbedingt, daß ein gewisser Theil des Preises (etwa die Hälfte oder ein Drittel) nicht ihm, sondern an einen Dritten zu bezahlen ist, oder wenn bei kaufmännischen Dienstleistungen ausgemacht wird, daß die Zahlung der Provision an einen Anderen als den Dienstleistenden erfolgen soll. Hier liegt der Fall nicht anders, wie wenn Jemand gegen Entrichtung einer pars quanta von Naturalien eine Pachtung übernimmt[14]). Der partiarische Vertrag setzt unbestimmte Erträgnisse nach Maßgabe des schwankenden Arbeitserfolgs und eine Betheiligung des Kapitalisten oder Arbeiters an diesen voraus. Der partiarische Vertrag zu Gunsten Dritter unterscheidet sich von dem entsprechenden einfachen parti-

12) Das Bürgerliche Gesetzbuch gebraucht technisch diesen Ausdruck für den Schuldner d. i. hier der Quotenschuldner. Ihm stehen gegenüber einerseits der „Versprechensempfänger" (Stipulant) d. i. derjenige, welcher sich das Versprechen zu Gunsten des Dritten leisten läßt, und der „Dritte", zu Gunsten dessen das Versprechen lautet.

13) Vgl. dazu auch § 25 bei N. 12, § 38 N. 6, § 62 N. 17.

14) S. § 6 zu Note 13 ff., § 7 N. 4.

arischen Verhältniß nur dadurch, daß der Versprechensempfänger in dem betreffenden Geschäft an Stelle der eigenen Person, als des Quotalberechtigten, einen bestimmten Dritten setzt, zu dessen Gunsten die Verpflichtung des Quotalschuldners unmittelbar begründet wird. So setzt der partiarische Modus zu Gunsten Dritter die Auflage von Arbeiten im Sinne des § 76 oben bezw. eines der dort hervorgehobenen Abfindungsverhältnisse voraus; der Frachtvertrag — an sich das Muster eines Vertrags zu Gunsten Dritter[15]) — ist nur dann partiarisch, wenn er es auch ohne diese Klausel, also unmittelbare Berechtigung des Dritten, sein würde, m. a. W. wenn die Frachtleistung zugleich auf die größtmögliche Vermeidung naheliegender befürchteter Verluste beim Transporte geht und dementsprechend (nach Maßgabe des Werths der unbeschädigt angekommenen Güter) honorirt werden soll[16]). Aehnlich kann das nach Maßgabe des id quod superest zu honorirende Depositum in der Weise geschlossen werden, daß das nach glücklicher Verwahrung noch Vorhandene nicht dem Hinterlegenden selbst, sondern — z. B. nach dessen Tode — einem Dritten als Eigenthümer ausgeliefert werden soll[17]), abzüglich der als Lohn für seine Mühewaltung dem Verwahrer verbleibenden Quote des alsdann (nach bestandener Gefahr) vom hinterlegten Gute noch Vorhandenen. Der weiteste Spielraum für die partiarische Vereinbarung zu Gunsten Dritter ist aber unstreitig beim Creditum (vgl. oben §§ 53 ff.). Hier kann bedungen sein, daß der Empfänger der Kapitalzuwendung

15) Vgl. Dernburg, Pandekten II § 18 zu Note 10.

16) Vgl. oben § 38.

17) Vgl. über diesen Fall eines Vertrags zu Gunsten Dritter im römischen Recht (wo das Depositum allerdings unentgeltlich war), l. 8 Cod. ad exhibendum (3, 42). S. auch l. 26 pr. Dig. depositi vel contra (16, 3) u. schließlich l. 9 Cod. de usuris (4, 32), wo wegen des Rechts des Gläubigers auf das vom Schuldner zu seiner eigenen Befreiung öffentlich Hinterlegte der Zinsenlauf sistirt wird.

den mittelst seiner Arbeit in dem fustentirten oder abgetretenen Geschäfts- oder Wirthschaftsbetrieb gemachten Gewinn nicht mit dem Geber, sondern mit einem Dritten theilen soll, sodaß der letztere aus dem Vertrag ein unmittelbares Anrecht auf jene Bezüge erwirbt. Ob das die Absicht der Parteien war, ist in den meisten Fällen freilich Thatfrage. Die gesetzliche Vermuthung des § 330 BGB für das unmittelbare Recht des Dritten trifft nur verhältnißmäßig wenige Fälle[18]), vor Allem nicht das eigentliche Darlehen. Und bei dem letzteren tritt eine weitere Schwierigkeit ein. Soll nämlich, wie nicht selten als Konsequenz der Quotalzinszahlung bedungen ist, auch die Darlehensvaluta demnächst nicht dem Versprechensempfänger sondern dem Dritten herausbezahlt werden, so wird der letztere in den meisten Fällen gar nicht als bloßer durch den Vertrag begünstigter Drittempfänger, sondern als Darlehnsgeber selbst erscheinen, indem das Kapital als auf seinen Namen gegeben (und daher ihm der Darlehensanspruch als erworben) anzusehen ist. Es liegt dann also gar kein partiarisches Darlehen zu Gunsten Dritter, sondern ein vom Dritten als Gläubiger gegebenes partiarisches Darlehen vor. So heißt es schon in l. 9 § 8 Dig. de rebus creditis (12, 1).

(Ulpian) Si nummos meos tuo nomine dedero, velut tuos absente te et ignorante, Aristo scribit, adquiri tibi condictionem: Julianus quoque de hoc interrogatus libro decimo scribit, veram esse Aristonis sententiam, nec dubitari, quin, si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero, tibi adquiritur obligatio, cum cottidie credituri pecuniam mutuam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro.

18) Vgl. oben in § 55.

Hier ist ganz klar ausgesprochen, daß Derjenige der Darlehensgeber wird, auf dessen Namen das Kapital gegeben wurde. Dementsprechend erwirbt er die obligatio; er hat nicht blos, wie in den vorcitirten Fällen, eine actio utilis[19]). Allerdings ist die Konstruktion des Vorgangs bestritten, indem Manche das Bindeglied einer Vollmacht oder der Genehmigung des Dritten, welchem die Darlehensklage erworben wird, in das Verhältniß hineintragen[20]). Aber wenn wir dem auch zustimmen und für das heutige Recht zustimmen müssen[21]), so ist damit nun doch nicht für jeden Fall ein sicheres Kriterium vorhanden, ob ein im Namen des Dritten gegebenes Darlehen oder ein eigenes Darlehen des Stipulanten mit hinzugefügtem Vertrag zu Gunsten Dritter vorliegt. Denn auch bei dem Vertrag zu Gunsten Dritter schadet der nachfolgende Beitritt des Dritten, der sich in praxi von einer Genehmigung kaum wird unterscheiden lassen[22]), bekanntlich nicht, ist vielmehr nur ein unerhebliches superfluum[23]). Und daß er so selten sei, wie manchmal behauptet wird[24]), möchte ich bezweifeln.

---

19) Aehnlich l. 35 § 2 Dig. de don. (39, 5); l. 126 § 2 Dig. de V. O. (45, 1); l. 3 Cod. per quas personas (4, 27) u. a.

20) So insbesondere Huschke, Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehen (1882) S. 29 ff., Dernburg, Pand. II § 86 N. 7, wo auch die Dissentienten angegeben sind.

21) § 607 BGB läßt eine solche Singularität, wie die, daß es beim Darlehen nicht auf den Konsens des Darlehensgebers ankomme, jedenfalls nicht zu.

22) Vgl. insbesondere auch § 182 BGB, wonach die erforderliche Zustimmung (Genehmigung) sowohl dem einen als dem anderen Vertragstheil gegenüber erklärt werden kann.

23) S. auch Dernburg, Pandekten II § 18 Note 7.

24) So insbesondere von Bähr, Urtheile des Reichsgerichts S. 84. Hier scheint vielmehr der Wunsch, die Theorie der Verträge zu Gunsten Dritter im richtigen Sinne auszugestalten, zum großen Theil der Vater des Gedankens gewesen zu sein. — Auch kann die Absicht der Parteien im Vertrage dahin gehen, daß ein Recht des Dritten erst in Folge seines Beitritts zum Vertrage oder einer

Vielmehr ist gerade umgekehrt im Leben unnöthige Redseligkeit, namentlich bei rechtsunkundigen Leuten, die im Zweifel lieber zuviel als zu wenig thun, an der Tagesordnung. Es läßt sich also aus dem Vorliegen einer solchen Genehmigung nicht schematisch die Natur des abgeschlossenen Vertrags bestimmen. Ja umgekehrt kann die Genehmigung, wo sie erforderlich ist, auch stillschweigend ertheilt werden[25]; sie kann also unter Umständen selbst in der Einforderung der für das Darlehen bedungenen Vergütung vom Darlehnsschuldner gefunden werden. Es wird also im Einzelfall stets zuzusehen sein, ob eigenes Darlehen des Dritten oder ein Darlehen des Versprechensempfängers mit beigefügtem Vertrag zu Gunsten Dritter vorliegt. Eine allgemeine Auslegungsregel läßt sich dafür nicht geben. Der Dritte, der wie wir sahen seinen Anspruch ohnehin beweisen muß, hat hier erforderlichen Falls auch die Natur des von ihm behaupteten Rechtes dazuthun[26].

Aus dem Umstande, daß die bedungene Leistung an einen Dritten in unserm Fall nur eine Klausel darstellt, welche dem anderweit normirten Inhalt des partiarischen Vertrags hinzutritt[27], ergibt sich, daß für das Recht des

---

sonstigen Zustimmungserklärung entstehen soll. S. auch Motive II S. 270.

25) Vgl. § 182 Abs. 2 BGB.

26) Beiläufig mag hier noch erwähnt werden, daß selbst die Antheilsausschreibung, dem öffentlich bekannt gemachten Inhalt des Ausschreibens gemäß, in der Weise erfolgen kann, daß die ausgeschriebene Leistung nicht an den Ausschreibenden selbst, sondern an einen Dritten zu bewirken ist. Vgl. Hasenöhrl, Oesterreich. Obligationenrecht II S. 5; Oertel, D. L. v. d. Auslobung S. 58. Doch kann der Dritte hier nicht fordern.

27) Weist der Dritte das aus dem Vertrag für ihn begründete Recht zurück, so gilt es als niemals erworben (§ 333). Es ist dann nach dem Inhalt des Vertrages zu entscheiden, ob die Klausel in dem Sinne wesentlich war, daß mit Unmöglichkeit ihrer Erfüllung

Dritten, insoweit es aus der getroffenen Anordnung unmittelbar hervorgeht, im Allgemeinen ganz dieselben Regeln gelten, welche für den betreffenden Vertragstypus schon früher (gehörigen Orts) entwickelt worden sind. Das Recht des Dritten ist von der Gültigkeit und den näheren Bestimmungen des zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger geschlossenen Vertrages abhängig, und geht hiernach entweder auf einen Rohantheil oder eine Werthquote, sei es vom Brutto- oder Reinertrage der vom Versprechenden vollzogenen Arbeitsleistung, — auf einmalige oder dauernde Abgabe (z. B. Dividende). Nach dem Zeitpunkt der ordnungsmäßigen Konstatirung des Ertrags bemißt sich auch hier die Fälligkeit des Anspruches des Dritten, ebenso wie nach den für die einzelnen Verträge gegebenen Regeln der Verfall der Quote zu bestimmen ist. In erster Linie hängt er natürlich davon ab, daß überhaupt Gewinn gemacht ist. Die Rechte des Dritten ergeben sich aus dem Vertrage, auf welchem sie beruhen, und unterliegen also denselben Eigenthümlichkeiten, wie diejenigen des Versprechensempfängers im partiarischen Vertrage, wenn er sich das Versprechen zu seinen eigenen Gunsten hätte thun lassen. Anderseits können die Rechte des Dritten auch beschränkter sein. Er erlangt aus dem Vertrage keine größeren Ansprüche, als die Parteien ihm zukommen lassen wollen. So können letztere die Absicht haben, ein Recht des Dritten auf die Leistung nur unter besonderen Voraussetzungen oder nur in begrenztem Umfang (z. B. auf eine einmalige Quotenzahlung bei einem an sich längeren Verhältniß) zu begründen. Sie können sich auch die Befugniß vorbehalten, das Recht des Dritten nachträglich ohne dessen Zustimmung wieder aufzuheben oder abzuändern (vgl. § 328

der ganze Vertrag auf eine unmögliche Leistung geht, oder ob der Promissar die bedungene Quotenleistung anstatt des Dritten für sich selbst fordern darf.

Abs. 2). Darüber entscheidet die nähere Auslegung des einzelnen Vertrags[28]). Derartige Beschränkungen muß der Dritte gegen sich gelten lassen. Im Uebrigen aber werden dessen Rechte lediglich durch den Inhalt der Parteivereinbarung bestimmt. Es stehen daher alle Einwendungen aus dem Vertrage dem Quotenschuldner unmittelbar auch gegen den Dritten zu; so z. B. daß die erhaltene Vermögenszuwendung zur Erfüllung des Modus nicht hinreiche, oder daß wegen Nichtempfangs des Kapitals die versprochene Abfindung nicht oder einstweilen nicht geschuldet werde. Einwendungen aus anderen Geschäften mit dem Versprechensempfänger kann dagegen der Quotenschuldner dem Dritten nicht entgegensetzen, z. B. nicht die Einrede der Aufrechnung mit einer Forderung wider den Promissar (s. § 334). Aus dieser Vorschrift in Verbindung mit § 328 erhellt deutlich, daß der Dritte nicht mit der actio cessa des Promissars, sondern aus eigenem Recht gegen den Promittenten klagt. Er macht den (selbständigen) Anspruch geltend, den die Parteien in ihrem Vertrag zu seinen Gunsten konstituirt haben. Daß daneben im Regelfalle auch der Promissar die Leistung an den Dritten fordern kann (§ 335), steht damit nicht in Widerspruch. Es ist in Folge dessen auch der Schaden, den der Dritte unter Umständen (z. B. wegen Pflichtversäumniß des Promittenten bei der Arbeit) fordern kann, nicht blos der Schaden des Promissars, sondern der eigene Nachtheil des Dritten.

28) Nur in einzelnen besonders typischen Fällen hat das Gesetz hierfür wiederum gewisse Auslegungsregeln (vgl. z. B. §§ 331, 332 BGB) aufgestellt oder das Verhältniß besonders geregelt (z. B. §§ 433 ff. HGB).

PB-38666-SB
538-25
5-cc
L. T

Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) in Freiburg i. B., Leipzig, Tübingen.

Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch
für das Deutsche Reich.

Allgemeiner Teil.

Von

Dr. **F. Hellmann,**

ord. Professor der Rechte an der Universität München.

8. 1897. M. 5 —. Geb. M. 6.—.

Die

Gründe der Schadenszurechnung

und

die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches zur objektiven Schadensersatzpflicht.

Von

Dr. **M. Rümelin,**

Professor an der Universität Tübingen.

8. 1896. M. 2.—.

Der

Zufall im Recht.

Von

Dr. **M. Rümelin,**

Professor an der Universität Tübingen.

8. 1896. M. 1.—.

Der civilistische Unterricht

und

das bürgerliche Gesetzbuch.

Von

Dr. **Gustav Rümelin,**

Professor an der Universität Freiburg i. B.

8. 1896. M. —.60.

Handbuch

des

Deutschen Actiengesellschaftsrechts.

Für die Praxis bearbeitet

von

Dr. **Ludwig Weyl,**

Rechtsanwalt in Karlsruhe i. B.

Theil I: Die Bestimmungen des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs über die Aktiengesellschaft in systematischer Zusammenstellung.
M. 2.40. Geb. M. 3.40.

Theil II: Hand-Kommentar zu diesen Bestimmungen.
M. 4.—. Geb. M. 5.—.

8. 1896.

Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) in Freiburg i. B., Leipzig, Tübingen.

Actio de in rem verso,

zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung.

Von

Dr. **A. von Tuhr,**

Professor in Basel.

8. 1895. M. 7.—.

Archiv für die civilistische Praxis.

Herausgegeben

von

Franklin, Mandry, M. Rümelin, Wendt,

Professoren der Tübinger Juristenfakultät,

Professor Dr. **Bülow** und Präsidenten Dr. **von Kohlhaas**

Geheimem Hofrath in Heidelberg, in Stuttgart.

Erschienen sind: Band 1—87.

8. Preis eines Bandes von 3 Heften M. 9.—.

Kritische Vierteljahresschrift

für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.

Herausgegeben

von

DrDr. **A. von Bechmann, F. Hellmann, K. von Maurer, M. von Seydel** und **E. Ullmann,**

Professoren der Münchener Juristenfakultät.

Erschienen ist: **Dritte Folge. Band III.**

(Der ganzen Folge XXXIX. Band.)

8. Preis eines Bandes von 4 Heften M. 14.—.

Commentar

zur

Verfassungs-Urkunde

für das

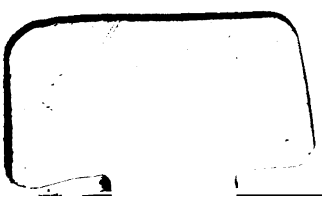
Deutsche Reich.

Von

Max von Seydel.

Zweite, umgearbeitete Auflage.

Gr. 8. 1897. M. 10.—. Geb. M. 11.—.

C. A. Wagner's Universitäts Buchdruckerei, Freiburg i. Br.

JUG LCX QXp
Die partiarischen Rechtsgesche
Stanford Law Library
3 6105 044 672 827